



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Storia, Filosofia del Diritto e Diritto Canonico

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA

INDIRIZZO: UNICO

CICLO XXIV a.a. 2008/2009

**“LA TUTELA DEI DIRITTI UMANI TRA ITALIA ED EUROPA. IL FENOMENO  
DELLA *MULTILEVEL PROTECTION*”**

**Direttore della Scuola:** Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

**Supervisore:** Ch.mo Prof. Luca Antonini

**Dottorando:** Marco Mazzoni Nicoletti

## INDICE SOMMARIO

*Abstract* in Italiano.....5

*Abstract* in Inglese.....7

INTRODUZIONE.....9

### CAPITOLO PRIMO

#### STORIA E TEORIA GENERALE DEI DIRITTI DELL'UOMO

Sezione I. I diritti e le origini del costituzionalismo moderno. Il processo di  
“costituzionalizzazione” dei diritti.....13

Sezione II. Le garanzie dei diritti di libertà nello stato liberale ottocentesco.  
La teoria dei “diritti pubblici oggettivi”.....18

Sezione III. “Diritti” e “valori” nelle costituzioni delle democrazie  
pluralistiche: dai “diritti pubblici soggettivi” ai “diritti  
fondamentali”.....23

### CAPITOLO SECONDO

#### I PROTAGONISTI DEL SISTEMA DI PROTEZIONE MULTILIVELLO DEI DIRITTI UMANI

Sezione I. L'ordinamento italiano e la tutela dei diritti umani.....31

I.1 I diritti fondamentali nella Costituzione italiana tra primato della persona e  
dignità umana.....31

I.2 L'articolo 2 della Costituzione italiana: l'essenza del principio personalista.....35

I.2.1 *Segue*: l'articolo 2 Cost. come fattispecie “chiusa” o “aperta”.....37

I.3 L'effettività dei diritti costituzionali ed il rapporto tra i principi di libertà ed  
uguaglianza.....44

I.4 I diritti sociali come diritti fondamentali.....	46
I.5 La multidimensionalità e l'inviolabilità dei diritti fondamentali.....	53
I.6 I diritti fondamentali e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale.....	57

**Sezione II. La protezione internazionale dei diritti dell'uomo in Europa: la  
Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte europea dei  
Diritti dell'Uomo.....**

II.1 Il contesto istituzionale .....	60
II.2 La “base” normativa e la sua evoluzione.....	67
II.3 La composizione della Corte.....	73
II.4 Le funzioni della Corte.....	75
II.5 Le modalità operative della Corte.....	79
II.6 Il parametro utilizzato dalla Corte di Strasburgo.....	84
II.7 L'oggetto del giudizio innanzi alla Corte.....	85
II.8 La dottrina del “margine di apprezzamento”.....	86

**Sezione III. L'Unione europea e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea  
nell'ambito della *multilevel protection*.....**

III.1 I diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario.....	89
III.2 La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali.....	91
III.3 La base normativa: aspetti strutturali e operativi.....	93
III.4 Le funzioni.....	94
III.5 Il parametro utilizzato dalla Corte di Giustizia: dalla tutela “giurisprudenziale” alla Carta dei diritti fondamentali.....	96
III.5.1 Dal progetto Spinelli al Trattato di Maastricht: la prima legittimazione formale dell'opera della Corte con il crisma della norma scritta.....	102
III.5.2 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il nuovo orizzonte della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo.....	105
III.5.2.1 <i>Segue</i> : La Carta di Nizza e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona.....	107

**CAPITOLO TERZO**

**IL “DIALOGO” TRA LE CORTI NELL'AMBITO DELLA  
MULTILEVEL PROTECTION**

<b>Sezione I. Costituzione italiana e ordinamento comunitario</b> .....	111
I.1 Il fondamento dell’adesione italiana alla Comunità europea: l’art. 11 della Costituzione.....	112
I.2 Il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento europeo nell’art. 117, comma 1, della Costituzione.....	113
I.3 I principi supremi ed i diritti fondamentali costituzionali come limiti all’integrazione: la dottrina dei “controlimiti” .....	114
I.4 Il “dialogo” tra le Corti.....	115
I.4.1 La cd. “prima fase” o fase dell’“incomunicabilità”.....	115
I.4.2 La cd. “seconda fase”: comincia la “lenta marcia di avvicinamento” alla Corte del Lussemburgo.....	117
I.4.3 La cd. “terza fase”: l’inizio di un “dialogo”.....	119
I.4.4 La cd. “quarta fase”: l’utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale.....	122
I.5 Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale e “controlimiti” .....	125
<b>Sezione II. Ordinamento italiano e ordinamento CEDU</b> .....	128
II.1 Il “dialogo” tra la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Strasburgo.....	128
II.1.1 La fase del “gelido distacco” .....	131
II.1.2 <i>Segue</i> : la fase dell’“autosufficienza” dei diritti in Costituzione.....	135
II.1.3 <i>Segue</i> : la fase “dell’apertura”: le sentenze nn. 348 e 349 del 2007.....	142
II.1.3.1 Il nuovo articolo 117, primo comma della Costituzione .....	142
II.1.3.2 Le sentenze “gemelle” della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007.....	145
II.2 Gli effetti delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo negli ordinamenti nazionali .....	153
II.2.1 <i>Segue</i> : Il ruolo di monitoraggio del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa.....	162
II.4 L’evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla CEDU dopo le sentenze nn. 348 e 349 del 2007.....	164
II.5 La giurisprudenza dei giudici comuni dopo le sentenze nn. 348 e 349 del 2007.....	173
II.6 Le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona:.....	181
II.6.1 <i>Segue</i> : La decisione del Consiglio di Stato n. 1220 del 2010.....	182
II.6.2 <i>Segue</i> : La sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. II- <i>bis</i> , n. 11984 del 2010.....	183
II.6.3 La reazione della Corte costituzionali a tali pronunce: le sentenze nn. 80 e 113 del 2011.....	184

II.6.4 Alcune considerazioni critiche in ordine alle sentenze del giudice amministrativo.....	192
---	-----

<b>Sezione III. Ordinamento della CEDU e Unione europea e rapporti tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo.....</b>	<b>196</b>
III.1 La difficile coesistenza tra due ordinamenti geneticamente diversi.....	197
III.1.1 Gli iniziali “contrast” tra il sistema CEDU e il sistema comunitario ed il rischio di un “doppio standard” di protezione in materia di diritti fondamentali.....	197
III.1.2 Esempi di contrasti nella giurisprudenza delle due Corti.....	199
III.1.3 Primi tentativi di adesione dell’Unione europea alla CEDU: la proposta di adesione dell’Unione europea alla CEDU e il controverso parere 2/94.....	203
III.2 Dalla coesistenza al “dialogo” tra le Corti.....	206
III.2.1. Il sindacato della Corte di Strasburgo sugli atti comunitari.....	206
III.2.2 Esempi di coordinamento spontaneo tra Strasburgo e Lussemburgo.....	212
III.3 Dal dialogo all’integrazione fra sistemi.....	221
III.3.1 L’integrazione <i>de facto</i> nel seguito della sentenza <i>Matthews</i> .....	227
III.3.2 <<Prove tecniche>> di adesione dell’Unione europea alla CEDU: il caso <i>Bosphorus</i> .....	229
III.3.2.1 I casi <i>Kadi e Al Barakaat Foundation e Omar Mobammed Othman</i> .....	235
III.3.2.2 Il caso <i>Demir e Baykara c. Turchia</i> .....	241
III.4 Gli scenari futuri: in particolare la prospettiva dell’adesione dell’Unione alla CEDU.....	246
III.4.1 I possibili vantaggi dell’adesione dell’U.E. alla CEDU.....	250
III.4.2 L’adesione della UE alla CEDU: una minaccia alla “specificità” dell’ordinamento europeo?.....	253
III.4.3 Le conseguenze dell’adesione sul sistema CEDU.....	258
III.4.4 L’evoluzione nella relazione tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo: dalla <i>Comity</i> alla leale cooperazione.....	261
<b>CONCLUSIONI.....</b>	<b>267</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>273</b>

## **ABSTRACT**

### **in italiano**

Con la presente tesi di dottorato dal titolo “*La tutela dei diritti umani tra Italia ed Europa. Il fenomeno della multilevel protection*”, si intende svolgere una disamina del sistema “multilivello” di tutela dei diritti umani nel contesto europeo. Tale ambito di indagine, noto sotto la locuzione di “spazio giuridico europeo”, racchiude i singoli ordinamenti nazionali, l’Unione europea, nonché il sistema creato con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

In particolare, il lavoro si struttura in tre capitoli, dei quali, il primo, dedicato ad una riflessione sulla storia e sulla teoria generale dei diritti dell’uomo, costituisce il necessario punto di partenza dal quale prendere le mosse per un approfondimento sui diritti fondamentali e gli strumenti preposti alla loro tutela.

Il secondo capitolo intende analizzare analiticamente i soggetti che agiscono nello “spazio giuridico europeo” di tutela dei diritti fondamentali e ne costituiscono, pertanto, i protagonisti. Tale analisi muove dall’esame delle forme e degli strumenti preposti a tutela dei diritti umani dalla Costituzione italiana; in specie l’indagine si concentra sull’art. 2 Cost. e sulle argomentazioni tese ad offrire una risposta al quesito – che attraverso la *multilevel protection* si rinnova – se tale disposizione configuri una formula riassuntiva dei diritti singolarmente enumerati dal testo costituzionale, i quali costituirebbero pertanto una serie chiusa, ovvero se esso consenta, attraverso interpretazioni di tipo estensivo, l’apertura del catalogo ad altri diritti non enumerati.

Successivamente l’analisi si sposta verso l’ordinamento nato dalla Convenzione che, sorta quale sistema di protezione dei diritti nei confronti degli Stati a seguito delle tragiche esperienze degli anni Trenta e Quaranta, ha sin da principio assunto il ruolo di vero e proprio “baluardo” della tutela dei diritti umani. Chiude il secondo capitolo l’approfondimento dell’ordinamento comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest’ultima, infatti, sin dai celebri casi *Stauder* del 1969 e *Internationale Handellsgesellschaft* del 1970, ha espressamente dichiarato la propria competenza a giudicare anche in materia di diritti fondamentali assumendo, in tal modo, l’ulteriore ruolo di garante del rispetto dei diritti fondamentali nel silenzio dei trattati comunitari, almeno sino all’approvazione della Carta di Nizza.

Da ultimo, il terzo capitolo, affronta l'evoluzione dei rapporti fra gli ordinamenti "protagonisti" della *mutilevel protection* anche alla luce del Trattato di Lisbona che, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha introdotto due riforme essenziali in tema di diritti fondamentali: l'attribuzione di una piena efficacia normativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in virtù del richiamo ad essa fatto nel nuovo art. 6, par. 1 TUE, nonché la previsione dell'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

A conclusione dell'attività di ricerca condotta nel presente elaborato si osserva come la prossima adesione dell'Ue alla CEDU rappresenti insieme una aporia ed un traguardo a seconda del punto di vista dal quale la si osservi: nazionale ovvero sovranazionale.

Una aporia in quanto l'adesione, incidendo sull'annoso problema del rango e dell'efficacia della CEDU rispetto al sistema delle fonti del diritto interno, potrebbe comportare la possibilità dell'applicabilità diretta della Convenzione, con il conseguente riconoscimento in capo ai giudici comuni di un potere diffuso di disapplicazione della norma nazionale in contrasto con le disposizioni convenzionali. In tal senso l'art. 6, co. 2, del TUE (nonostante l'adesione sia un processo ancora *in fieri*), ha già cominciato a produrre i primi effetti "destabilizzanti" sulla giurisprudenza italiana (cfr. C.d.S. n. 1220 del 2010 e T.A.R. Lazio n. 11984 del 2010) che ha evidenziato rinnovate tendenze a procedere alla disapplicazione delle norme interne contrarie alla CEDU, contravvenendo a quelle che erano state le precise indicazioni enunciate dalla Corte costituzionale nelle celebri sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

A tutt'altre conclusioni si è giunti invece analizzando le conseguenze che potrebbero derivare dalla prevista adesione ai rapporti fra CEDU e UE. L'accessione dell'Unione europea al sistema del Consiglio d'Europa costituisce infatti lo strumento ideale, l'"anello mancante", per conseguire un importante e complesso obiettivo: elevare lo standard di tutela dei diritti dell'uomo nello "spazio costituzionale europeo".

## *ABSTRACT*

**in inglese**

With this doctoral thesis entitled “The protection of human rights in Italy and Europe. The phenomenon of *multilevel protection*”, it intends to carry out an examination of the “multilevel” system of protection of human rights in the European context. This field of research, known under the term of “judicial area”, contains the single national law, the European Union, and the system created by the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR).

In particular, the work is structured in three chapters, of which, the first, dedicated to a reflection on the history and general theory of human rights, is the necessary starting point from which to take as a basis for a discussion of fundamental rights and the tools provided for their protection.

The second chapter analyzes analytically those acting in the “European legal space” of protection of fundamental rights and, therefore, constitute the main characters. This analysis moves from an examination of the forms and tools provided to protect human rights by the Italian Constitution, in particular the investigation focuses on Article 2 of the Constitution and the arguments aimed at providing an answer to the question - which is renewed through the *multilevel protection* - whether this provision constitutes a formula summary of individual rights enumerated by the Constitution, which would thus form a closed set, or if it permits, through interpretations of the extensive type, the opening of the catalog to other rights not enumerated.

Then the analysis moves to the order created by the Convention, built as a system of protection of rights against the States as a result of the tragic experiences of the thirties and forties, has assumed the role from the beginning of a true “bulwark” “the protection of human rights.

The close examination of the Community Law and the European Court of Justice ends the second chapter. Infact, since the famous cases of *Stauder* in 1969 and of *Internationale Handellsgesellschaft* in 1970, the European Court of Justice, has expressly declared its jurisdiction over fundamental rights even assuming, thus, the additional role of guarantor of fundamental rights in the silence of the Community Treaties, at least until the approval of the Charter.



Finally, the third chapter deals with the evolution of relations between the laws “protagonists” of multilevel protection in light of the Lisbon Treaty, which entered into force on 1 December 2009, has introduced two key reforms in the field of fundamental rights : the awarding of a full legislative effect to the Charter of fundamental Rights, under the call made to her in the new Art. 6, par. 1 TUE, and the Union for accession to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

At the conclusion of the research conducted in the present study is seen as the next EU accession to the ECHR represents both a fallacy and a goal depending on your point of view from which to observe: national or supranational.

Membership as an aporia, recording on the old problem of the status and effectiveness of the ECHR with respect to the system of sources of law, could lead to the possibility of the direct applicability of the Convention, with the consequent recognition on the part of ordinary judges a diffuse power to disapply the national standard in conflict with the provisions of agreements. In this sense, art. 6, co. 2 of the TEU (although membership is a process still in progress), has already begun to produce its first effects “destabilizzanti” on the Italian case law (C.d.S. n. 1220 del 2010 e T.A.R. Lazio n. 11984 del 2010) that showed renewed tendencies to carry out the non-application of internal rules contrary to the ECHR, contrary to what had been the precise indications set out by the Constitutional Court in the famous judgments nos. 348 and 349, 2007.

A rather different conclusions was reached by analyzing the consequences that could result in the planned accession to the relationship between the ECHR and the EU. The European Union accession to Council of Europe’s system constitutes an ideal tool, the “missing link” to achieve an important and complex goal: to raise the standard of protection of human rights in the “European constitutional space”.

## INTRODUZIONE

Negli ultimi decenni si è assistito ad un processo di forte sviluppo nel campo dei diritti della persona tanto a livello nazionale, quanto sovranazionale.

Questa sorte di “età dell’oro dei diritti”<sup>1</sup> è riconducibile, in parte, all’avvento di uno Stato di diritto costituzionale caratterizzato dalla valorizzazione della persona in tutte le sue forme, ed in parte allo svilupparsi del fenomeno della c.d. *multilevel protection*: una sorta di sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali attuato su più livelli: i singoli ordinamenti nazionali, l’Unione europea, nonché il sistema creato con la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

In quest’ambito, che viene definito “spazio giuridico europeo”, l’indagine in materia risulta particolarmente complessa in quanto più sistemi normativi, istituzionali e giurisdizionali sono contemporaneamente all’opera, senza che sia possibile rinvenire un criterio di univoca razionalizzazione dei rapporti fra gli stessi; sistemi, non solo e non tanto paralleli, quanto sovrapposti e solo “parzialmente” collegati.

Tale complessa realtà giuridica *multilivello* tuttavia non costituisce una peculiarità europea, in quanto trova un precedente, tra l’altro, nel diritto romano classico o ancora nella tradizione costituzionale nordamericana.

Il tema della tutela dei diritti fondamentali nell’area costituzionale europea è stato indagato da una vastissima letteratura, con approcci e metodi ricostruttivi anche assai differenziati fra loro. In tale contesto, la teoria del *multilevel constitutionalism* ha svolto la parte del leone: essa mira a mettere in luce la sovrapposizione di diversi regimi di protezione dei diritti fondamentali in Europa e a valorizzare la pluralità di fonti di riconoscimento di tali diritti e di estensione dei relativi ambiti di tutela, soprattutto grazie alla creatività degli organi giurisdizionali (Corti costituzionali, Corte di Strasburgo e Corte di giustizia) che in vario modo dialogano sullo scacchiere europeo. Un approccio quasi imprescindibile ed irrinunciabile se parametrato al contesto storico-istituzionale caratterizzato – non più da una identità nazionale monolitica, bensì – da una identità multiforme, derivante dalla pluralità di ordinamenti cui contemporaneamente il cittadino europeo appartiene.

Pertanto, il metodo della comparazione, soprattutto pubblicistica, costituisce lo

---

<sup>1</sup> TEGA D., *La CEDU e l’ordinamento italiano*, in M. CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione; universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 68.

strumento di analisi maggiormente idoneo per osservare il fenomeno della tutela dei diritti umani in Europa, considerato sia nella sua dimensione “orizzontale”, vale a dire di interazione fra sistemi pari-ordinati, che in quella “verticale”, ovverosia di relazione fra sistemi appartenenti a livelli differenti, ad esempio nazionale/europeo o ancora nazionale/internazionale.

L'indagine deve necessariamente prendere le mosse dalla ricostruzione dei caratteri essenziali degli ordinamenti che rappresentano i “protagonisti” del c.d. sistema di *multilevel protection*, per poi rivolgere l'attenzione nei confronti della relazione interordinamentale – tanto “orizzontale”, quanto “verticale” – fra essi sviluppatasi, soprattutto alla luce delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona.

È parso utile, dunque, alla luce delle novità apportate al sistema di protezione dei diritti fondamentali, ripercorrere attraverso il prisma dell'interazione sistemica fra gli ordinamenti protagonisti della *multilevel protection* e delle rispettive Corti, le recenti tendenze in tema di tutela giudiziaria dei diritti fondamentali.

Nello specifico, il presente lavoro si propone di offrire alcuni spunti in ordine alle recenti, quanto note, problematiche connesse alle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 dai capi di Stato e di governo degli Stati membri dell'Unione ed entrato in vigore il primo dicembre 2009. Ci si riferisce in specie all'adesione dell'Unione europea alla CEDU, sancita dal nuovo art. 6, par. 2, TUE.

Tale prevista adesione, nonostante sia un processo ancora *in fieri*, rileva non solo sotto il profilo dei rapporti fra l'Unione ed il Consiglio d'Europa e le rispettive Corti, bensì anche all'interno degli ordinamenti dei Paesi membri dell'UE.

Nel caso dell'ordinamento italiano, infatti, l'adesione in parola coinvolge l'annosa problematica relativa al rango e all'efficacia della CEDU rispetto al sistema di fonti del diritto interno.

In altri termini, si configura la possibilità di un'applicabilità diretta della Convenzione, con il conseguente riconoscimento in capo ai giudici comuni di un potere diffuso di disapplicazione della norma nazionale in contrasto con le disposizioni convenzionali. Com'è noto, la Corte costituzionale, con le due sentenze nn. 348 e 349 del 2007, è giunta ad escludere la soluzione della disapplicabilità, attribuendo alla CEDU il rango di fonte interposta, alla luce della quale condurre un giudizio accentrato di

costituzionalità della norma nazionale con essa contrastante per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Tuttavia, una parte della giurisprudenza (*cf.* C.d.S. n. 1220 del 2010 e T.A.R. Lazio n. 11984 del 2010), facendo leva sul nuovo quadro che pare delinarsi dopo Lisbona con la (futura) adesione dell'Unione Europea alla CEDU, è tornata nuovamente a proporre la tesi del giudizio diffuso di disapplicabilità. Rispetto a tale problematica, si pone, quindi, la questione di approfondire le conseguenze che potrebbero discendere da una simile impostazione, nella considerazione, altresì, che attualmente manca la definizione dell'accordo sull'adesione.

Quanto ai rapporti fra Unione europea e CEDU, nonché tra le rispettive Corti, si evidenzia come essi trovino origine nel 1969 quando (con la sent. *Stauder*) la Corte di Giustizia ha riconosciuto per la prima volta tra i suoi compiti anche quello di assicurare nel proprio ordinamento la protezione dei diritti fondamentali. Da quel momento in poi le relazioni tra le Corti europee si sono sviluppate nell'ambito di una cooperazione "forzata" che, tuttavia, ha sortito solo in parte l'esito auspicato. Questa sorta di *judicial comity* tra le due Corti, infatti, se da una parte ha consentito di preservarne la credibilità grazie ad una "convergenza parallela" dei rispettivi orientamenti giurisprudenziali, dall'altra, non ha contribuito a rafforzare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali.

Al contrario, la mancanza di una integrazione coordinata e normata fra il sistema di Lussemburgo e il sistema di Strasburgo sembra aver peggiorato ulteriormente la situazione. Pertanto, sulla scorta di quanto preconizzato dalla Commissione delle Comunità europee nel 1979, l'adesione dell'Unione europea alla CEDU appare la strada da percorrere al fine di riappare le "falle" del sistema di tutela dei diritti dell'uomo in Europa.

Nell'ambito della relazione interordinamentale c.d. "verticale" tra CEDU ed UE, quindi, la prevista adesione sembrerebbe rappresentare – sia per i giuristi, che per gli organi pubblici europei – lo strumento idoneo per garantire l'effettività dei diritti nello spazio costituzionale europeo.

In relazione a ciò si pone quindi la fondamentale questione di verificare se, ed in quale misura, l'adesione dell'Unione europea alla CEDU consenta di disegnare una nuova cornice relazionale fra la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo,

facilitando la transizione da una cooperazione *forzata* ad una cooperazione *rafforzata* fra le stesse.

## CAPITOLO PRIMO

### STORIA E TEORIA GENERALE DEI DIRITTI DELL'UOMO

#### Sezione I. I diritti e le origini del costituzionalismo moderno. Il processo di “costituzionalizzazione” dei diritti

Un'analisi sui diritti fondamentali non può prescindere da una preliminare valutazione delle vicende storiche che ne hanno accompagnato l'evoluzione.

La storia dei diritti dell'uomo, nell'epoca delle grandi rivoluzioni borghesi, che rappresentarono il coronamento e lo sbocco dell'età del costituzionalismo moderno, recise i risalenti legami con la tradizione giuridica medievale e con l'immagine dell'uomo ad essa sottesa.

A causa del carattere particolaristico degli ordinamenti giuridici e politici, nell'età medievale le libertà e i diritti riconosciuti agli appartenenti ai ceti, alle corporazioni, alle città riflettevano una società con forti persistenze degli assetti del feudalesimo, una società, dunque, stratificata e gerarchizzata. Si deve parlare non di diritti, ma di “privilegi”, di cui il singolo beneficiava in ragione dell'appartenenza a cerchie particolari piuttosto che di un valore universale, di cui l'individuo era considerato portatore. Questa impronta particolaristica dei diritti di libertà, risalente all'età medievale, manterrà tracce persistenti anche negli ordinamenti dell'*Ancien Regime*, nei quali la difesa e la rivendicazione dei diritti e dei privilegi dei ceti e degli ordini dovevano apprestare argini al rafforzamento dei poteri del monarca e contrastare le tendenze accentratrici caratteristiche del processo di formazione dello Stato moderno<sup>2</sup>. Questa premessa consente di tracciare la linea di demarcazione fra le dichiarazioni dei diritti nell'età del costituzionalismo e le carte dei diritti che, nel basso Medioevo europeo (in Spagna, in Inghilterra, in Germania), espressero la tensione fra le risalenti stratificazioni della società e le ricorrenti spinte all'affermazione di un potere politico unitario.

Fra le carte di questo periodo assume rilievo paradigmatico, in Inghilterra, la *Magna Charta Libertatum*, la cui concessione risale al 1215, ed il cui scopo è quello di assicurare ai baroni e alle città garanzie dagli abusi e dalle sopraffazioni del sovrano

---

<sup>2</sup> OESTREICH G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001; RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, 2006, pp. 33 ss..

nel disporre arresti, nel sottoporre a giudizio, nel levare tributi. Si trattava peraltro di diritti privi di valore universale, della concessione di garanzie non soltanto legate all'appartenenza a cerchie privilegiate, ma soprattutto aventi un contenuto e un vigore storicamente e politicamente contingenti. Ciò non toglie che questi documenti abbiano costituito, per più di un aspetto, un antecedente storico significativo.

Le carte medievali definirono invero un primo nucleo di diritti (*Habeas corpus*, libertà da arresti arbitrari, ecc.), che i testi dell'Età del Costituzionalismo avrebbero ripreso, ma anche arricchito e soprattutto trasformato in diritti riconosciuti alla generalità degli individui.

La vicenda storica dei diritti costituzionali ha inizio pertanto con le grandi rivoluzioni borghesi, che, nel XVII e XVIII secolo, in Inghilterra, nell'America del Nord ed in Francia, produssero dei mutamenti profondi degli ordinamenti politici e condussero all'affermazione di concezioni radicalmente nuove dei rapporti fra l'individuo ed il potere sovrano<sup>3</sup>. Con le carte dei diritti ed i documenti costituzionali, che segnano il coronamento della rivoluzione parlamentare inglese nel biennio 1688-1689, dell'indipendenza degli Stati Uniti d'America (1776-1791) e del movimento rivoluzionario in Francia (a partire dal 1789), prendono corpo l'affermazione di diritti individuali nei confronti dei poteri pubblici e la positivizzazione in testi costituzionali dei diritti radicati nella tradizione giusnaturalistica<sup>4</sup>.

Quelli accennati rappresentano gli esiti di un lungo processo evolutivo che percorre, dall'Umanesimo all'Illuminismo, la storia europea nell'età moderna, un processo nel quale confluirono nuovi ideali filosofici, conflitti religiosi, sommovimenti politici e radicali mutamenti dell'economia e della società. Fra questi fattori di mutamento, occorre menzionare in primo luogo i conflitti e le guerre di religione che percorsero l'Europa a partire dal XV I secolo. La Riforma Protestante, attraverso l'affermazione dei postulati del libero esame delle Scritture, della responsabilità individuale, dell'autodisciplina del credente nella vita terrena e di un ordinamento confessionale non gerarchizzato, contribuì a dare spiccato risalto alla personalità individuale come valore autonomo e a plasmare il clima spirituale, nel quale sorsero le dichiarazioni dei

---

<sup>3</sup> DE RUGGIERO G., *Storia del liberalismo europeo*, in R. ROMEO (a cura di), Laterza, 2003, pp. 1 ss.; FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995; RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, op. cit..

<sup>4</sup> MATTEUCCI N., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Utet, Torino, 1976.

diritti nell'età del costituzionalismo<sup>5</sup>. Inoltre, le battaglie per la tolleranza e per la libertà religiosa, che le guerre di religione suscitarono, proiettandosi ben al di là della rivendicazione di una sfera di libertà circoscritta alla coscienza individuale e al foro interno, segnarono la genesi della libertà di manifestazione del pensiero: la battaglia contro la censura dei libri e classici come la *Lettera sulla tolleranza* di J. Locke (1685) o *l'Aeropagitica* di J. Milton (1644) testimoniano che la lotta per la libertà religiosa ebbe una valenza assai ampia, poiché esprimeva la pretesa fondativa di un nuovo ordine sociale e politico.

Occorre aggiungere che le guerre di religione furono un potente fattore di unificazione politica e favorirono la formazione di un diritto uniforme di regolazione del fattore religioso. Più in generale, l'assolutismo monarchico, tendendo al livellamento dei sudditi nella soggezione al potere sovrano, già muoveva nella direzione della generalità delle situazioni soggettive e della eguaglianza nell'assoggettamento al diritto statale, aspetti che, amplificati nella loro portata radicalmente innovativa dal mutamento del titolo di legittimazione della sovranità, si riveleranno centrali con l'affermazione delle rivoluzioni borghesi.

Fra i fattori decisivi di trasformazione, un ruolo di primo piano ebbero peraltro lo sviluppo dell'economia mercantile e l'ascesa della borghesia. I diritti costituzionali furono, infatti, in primo luogo il prodotto della rivoluzione borghese. L'affermazione di diritti e di libertà individuali evidenziava un nesso stretto con gli assetti dello Stato borghese e con le esigenze di un ceto sociale in ascesa, che rivendicava con forza l'abbattimento delle barriere che ostacolavano il libero sviluppo del mercato e della concorrenza. Sotto questo profilo, fra la lotta per l'affermazione dei diritti individuali nell'età del costituzionalismo e le nascenti teorie del liberismo economico vi è un legame molto stretto: l'eguaglianza formale dei diritti, il riconoscimento dei quali non era ancorato a status privilegiati, era infatti perfettamente coerente con un modello di economia concorrenziale, che pretendeva appunto una posizione di parità giuridica di tutti i soggetti operanti nel mercato.

Per completare il quadro, occorre ricordare che l'affermazione dei diritti costituzionali si colloca nel solco dei due grandi indirizzi filosofici del "contrattualismo" e del "giusnaturalismo", che hanno inquadrato questo imponente

---

<sup>5</sup> Cfr. JELLINEK G., *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), D. NOCILLA (a cura di), Milano, 2002; DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, op. cit., pp. 14 ss. e pp. 69 ss.; LASKI H., *Le origini del liberalismo europeo* (1947), Firenze, 1971.



processo di trasformazione sociale e politica. Quanto al primo, l'idea del contratto come fondamento dell'obbligazione politica, ereditata nell'età moderna dal contrattualismo medievale, fu tuttavia radicalmente trasformata nei suoi presupposti e nelle sue basi giustificative, sostituendosi al patto fra sovrano e sottoposti al suo potere di imperio il contratto fra liberi individui. Inoltre, il contrattualismo moderno ha avuto una valenza essenzialmente prescrittiva, delineando un ordine e una forma razionale della politica, che facevano aprioristicamente astrazione dalle espressioni del pluralismo sociale. A ciò va ricondotta, fra l'altro, la pregiudiziale avversione di molte espressioni del costituzionalismo moderno nei confronti delle libertà associative, considerate come un ostacolo alla traduzione della premessa individualistico-contrattualistica in un livello di forte unificazione politica.

Quanto al secondo aspetto, l'idea della universalità dei diritti, e quella dei diritti come proiezione di un valore assoluto e peculiare dell'individuo hanno una diretta ascendenza nelle teorie del giusnaturalismo razionalista<sup>6</sup>. I *Bill of Rights* e le Costituzioni degli Stati nordamericani, così come in Francia la *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789, ribadirono con forza il principio che i diritti individuali sono il riflesso di libertà che discendono dalla natura razionale dell'uomo. Ciò costituiva l'esito di uno sviluppo graduale, che già in precedenza aveva condotto a teorizzare, nell'età dell'assolutismo, un fondamento giusnaturalistico, oltre che del contratto sociale, del diritto di resistenza all'oppressione e dei limiti dell'assolutismo monarchico.

Nel quadro del giusnaturalismo, un posto particolarmente significativo occupa il pensiero di John Locke, oltre che per la fortuna che esso ebbe nella tradizione costituzionale statunitense, per l'ascendente che esercitò sulla sistemazione dei diritti negli ordinamenti di tipo liberale. Nei *Due trattati sul governo*<sup>7</sup>, scritti nel clima politico e culturale della rivoluzione inglese del 1688-89, Locke annoverò, fra i diritti innati dell'individuo, la vita, la libertà e il patrimonio, diritti che la ragione impone di rispettare, poiché tutti costituiscono la *property* peculiare del soggetto, dal cui bisogno di conservazione gli uomini sono spinti ad associarsi. Su queste basi, Locke avrebbe teorizzato, in piena consonanza con le istanze borghesi della rivoluzione parlamentare inglese, un modello di governo fondato sull'idea della limitazione e

---

<sup>6</sup> STRAUSS L., *Diritto naturale e storia*, Genova, Il Melangolo, 1990.

<sup>7</sup> LOCKE J., *Due trattati sul governo*, Torino, Utet, 2010 (ed. orig. 1690).

della separazione dei poteri come condizione essenziale della sicurezza dei diritti individuali. Il profilo del pensiero lockiano, che avrebbe esercitato un'influenza particolarmente profonda sul liberalismo giuridico ottocentesco, deve essere ravvisato proprio nell'utilizzo dell'idea della *property*, come formula riassuntiva di tutti i diritti e le facoltà attraverso cui il soggetto può disporre della propria forza lavoro e delle proprie capacità.

Le rivoluzioni borghesi del XVII e XVIII secolo, pur collocandosi nella scia della tradizione giusnaturalistica, segnano l'approdo alla costituzionalizzazione dei diritti. Il tratto più appariscente di questo processo, che, nelle diverse esperienze storiche, segue itinerari e modalità differenti, è certamente l'elaborazione di documenti costituzionali che contengono una solenne elencazione dei diritti intangibili dell'individuo.

In Inghilterra, il processo di costituzionalizzazione dei diritti si sviluppa in sintonia con i tratti peculiari della storia costituzionale britannica, caratterizzata dal profondo radicamento dei diritti nella storia, nelle tradizioni e nel costume della società, e da una sensibilità spiccata alla salvaguardia del particolarismo sociale. Questo spiega il legame più marcato dei documenti del primo costituzionalismo britannico con i contenuti e la sensibilità tipici delle carte medievali. Nell'*Habeas Corpus Act* del 1679, ad esempio, la protezione della libertà della persona viene ancora essenzialmente collegata con puntuali garanzie di natura processuale nei confronti degli arresti arbitrari. Anche in ciò può essere ravvisato tuttavia un profilo di costituzionalizzazione, che si viene, in certa misura, rendendo autonomo dalla mera fondazione giusnaturalistica dei diritti. Il *Bill of Rights* del 1689 non conteneva, nonostante la sua denominazione, alcun catalogo di diritti, ma solo un elenco di competenze riservate in materia al parlamento e di garanzie sul terreno giudiziario: ciò che sottolinea, in definitiva, che la tutela dei diritti procedeva parallelamente a modifiche profonde della forma di governo e dell'organizzazione dei poteri.

Nell'esperienza statunitense, il richiamo dei documenti costituzionali della rivoluzione americana ai principi del giusnaturalismo è più accentuato. Nella *Dichiarazione d'Indipendenza* del 1776, si legge essere «verità di per sé evidente» che «tutti gli uomini sono stati creati uguali e che sono dotati dal loro Creatore di certi «inalienabili diritti», fra i quali quello alla vita, alla libertà e al perseguimento della felicità; che per salvaguardarli gli uomini si sono dati dei governi i quali derivano «i

propri giusti poteri” dal consenso dei governati». I *Bill of Rights* degli Stati americani furono peraltro anzitutto il prodotto di un processo di costituzionalizzazione, che era indirizzato a organizzare la convivenza di una pluralità di componenti etniche e religiose della società, e ad organizzare la politica sugli spazi estesi della federazione. Quando pertanto il preambolo del *Bill of Rights* della Virginia del 1776 definiva i diritti non solo come limite dei poteri pubblici, ma come «*basis and foundation of government*», ciò esprimeva, assai più che una prestatualità di stampo giusnaturalistico dei diritti, il loro radicamento nei nuovi assetti democratici e contrattualistici della federazione. Peraltro, i *Bill of Rights* degli Stati nordamericani non trovarono subito completamento in un catalogo “federale” dei diritti, che infatti la Costituzione non conteneva originariamente e che fu aggiunto con i dieci emendamenti del 1791.

Anche in Francia il riconoscimento dei diritti nel periodo rivoluzionario è il prodotto di un potere costituente che, a partire dalla convocazione degli Stati generali del 1789, avrebbe espresso i bisogni di radicale trasformazione degli ordinamenti politici avvertiti dal terzo stato, piuttosto che un omaggio alla tradizione del giusnaturalismo. Sebbene a questa, rinvii espressamente l’art. 2 della Dichiarazione del 1789 – «il fine di tutta l’associazione politica sta nella conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell’uomo» – saranno i tormentati passaggi delle costituenti rivoluzionarie e le oscillazioni, che essi rivelarono, negli equilibri e nei rapporti di forza fra le diverse componenti del terzo stato, a plasmare i cataloghi dei diritti delle carte costituzionali degli anni della Rivoluzione. Se infatti se ne segue l’evoluzione, è agevole constatare non soltanto un progressivo allargamento dell’orizzonte dei diritti costituzionali – rispetto all’archetipo di derivazione giusnaturalistica «*libertà, proprietà, sicurezza, resistenza all’oppressione*»: così l’art. 2 della Dichiarazione – ma altresì una crescente torsione in senso positivistico del fondamento dei diritti (come nella Costituzione termidoriana del 1795).

## **SEZIONE II. Le garanzie dei diritti di libertà nello stato liberale ottocentesco. La teoria dei “diritti pubblici soggettivi”**

Il “garantismo” costituisce il carattere fondamentale del liberalismo giuridico europeo della prima metà dell’Ottocento. Esso si caratterizza come una dottrina costituzionale

che costruisce l'intera organizzazione dei poteri in funzione della protezione delle libertà individuali. Sullo sfondo della centralità e della universalità dei diritti nel garantismo liberale erano peraltro evidenti le chiusure ideologiche della concezione liberal-borghese della società, in quanto le libertà garantite erano, in buona sostanza, le libertà dello Stato monoclasse borghese. Il prodotto di questa ideologia fu, per l'appunto, una teoria giuridica del garantismo, che privilegiava un «punto di vista esterno», quello della società e degli individui che la compongono, riguardati essi stessi come fini e valori ai quali lo Stato è subordinato<sup>8</sup>.

Va peraltro osservato che le teorie del garantismo non si sono identificate sempre con una concezione esclusivamente “negativa” della libertà: quella che, ad es., ha trovato una celebre formulazione nel discorso *Della libertà degli antichi comparata alla libertà dei moderni* (1819) di Benjamin Constant, secondo il quale il tratto peculiare della «libertà dei moderni» andava ravvisato essenzialmente nel godimento di una sfera assolutamente privata di benessere e di felicità individuali, posti al riparo da ingerenze esterne. Nella storia del costituzionalismo liberale l'idea di libertà come assenza di costrizione e di impedimento e l'idea di libertà come autonomia ed autorealizzazione del soggetto sono state, sin dall'inizio, compresenti e si intersecano costantemente<sup>9</sup>, e a tale commistione non fu estraneo lo sforzo di innestare sul tronco della “libertà negativa” la garanzia delle libertà politiche.

Nell'esperienza liberale, pertanto, la prevalenza dell'aspetto individuale dei diritti, come “diritti di difesa” da intromissioni esterne, ha motivazioni storico-culturali profonde, che rinviano alla tradizione giusnaturalistico-contrattualistica, alle idee del primato della volontà dell'individuo e dell'autonomia come base della libertà individuale, e alla tendenza a costruire su base individualistica le relazioni all'interno della società civile.

Nel Costituzionalismo Liberale Ottocentesco, peraltro, fu diffusamente avvertito fin dall'inizio il carattere condizionante dei diritti di libertà (*Habeas corpus*, libertà religiosa) rispetto all'instaurazione di nuovi ordinamenti politici, ma più ancora allorché, nel corso del XIX secolo, gli ordinamenti di tipo liberale, di fronte all'emergere dalla società di forze e di soggetti che ne mettevano a rischio la stabilità, vennero posti di fronte al problema cruciale del rapporto fra il consolidamento del

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1989, pp. 922 ss.;

<sup>9</sup> BERLIN I., *Due concetti di libertà*, in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989; BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

sistema di potere della borghesia e l'introduzione di limiti dei diritti connessi alla protezione dell'ordine politico dello Stato nazional-borghese (con riferimento, ad es., alla repressione delle manifestazioni sediziose o dei reati associativi, o ancora all'introduzione delle misure di prevenzione come strumento di contenimento del dissenso politico e della marginalità sociale). È corretto collocare questa svolta alla metà del XIX secolo e dopo le rivoluzioni del biennio 1848-1849.

Il radicamento nelle condizioni storiche della società borghese spiega perché l'apertura alla società, presente in alcune elaborazioni del primo costituzionalismo liberale, non riuscì pertanto a svilupparsi nell'Europa continentale, nella direzione di una espansione dell'area dei diritti, come quella che la presenza di un robusto tessuto pluralistico avrebbe invece assicurato nei Paesi anglosassoni, ma sarebbe sfociata in una «sostanziale subordinazione» dei diritti di libertà agli assetti istituzionali dell'ordine borghese<sup>10</sup>. Nelle esperienze continentali, pertanto, la concezione garantista della Costituzione, propria del primo costituzionalismo, si converte nello «Stato di legislazione», cioè nella tutela apprestata dal diritto di fonte legislativa positivamente vigente.

L'intreccio fra diritti e Stato di legislazione accompagna le vicende degli ordinamenti liberal-borghesi, fornendo ad essi un valido supporto giuridico dinanzi alle esigenze dell'arroccamento nella difesa di una stabilità progressivamente minacciata dagli sviluppi della rivoluzione industriale, dalla crisi del capitalismo concorrenziale, dallo sviluppo del movimento operaio e dei primi partiti politici di massa. Appare emblematico, sotto questo aspetto, lo sviluppo dei diritti costituzionali in Italia dopo la concessione dello Statuto Albertino del 1848. Nello Statuto, elaborato nel clima culturale del primo costituzionalismo liberale, anche l'impianto dei diritti, cui furono estranee le suggestioni democratiche di altre coeve esperienze costituzionali italiane, risentiva originariamente del modello francese, e pertanto spazi ampi erano rimessi al potere legislativo nella definizione del contenuto e dei limiti dei diritti enunciati a livello costituzionale. Nel periodo statutario, peraltro, la politica dei diritti, subendo le oscillazioni della forma di governo fra un regime parlamentare di tipo monista e un dualismo fra legislativo ed esecutivo monarchico, rispecchiò di volta in volta le aperture o le tentazioni autoritarie della classe dirigente liberale. L'«elasticità» dello Statuto, e insieme l'imporsi di una concezione essenzialmente formale del principio

---

<sup>10</sup> AMATO G., *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, pp. 285 ss..

di legalità, che riconosceva ai poteri normativi dell'esecutivo e all'amministrazione spazi consistenti negli ambiti dei diritti statutari, finirono per ridimensionare sensibilmente, pertanto, un impianto dei diritti fondato sulla centralità della costituzione politica rappresentativa. A partire dall'età crispina, tale impianto venne progressivamente orientandosi verso il modello statualistico di derivazione tedesca, che fu sentito dalla classe dirigente liberale come il più idoneo a fronteggiare lo sviluppo dei movimenti socialisti, irredentisti ed anarchici, ed al quale, come si accennerà più avanti, la prevalente dottrina giuridica italiana, peraltro non senza significative voci di dissenso, guardò con particolare ammirazione. Ciò aprì la strada, come testimonia in modo particolarmente evidente l'evoluzione del Codice penale e del testo unico delle leggi di Pubblica Sicurezza fra il 1859 e il 1889, a discipline dei diritti di libertà, che furono viepiù indirizzate a salvaguardare dal dissenso politico e sociale la stabilità degli ordinamenti politici, e che riservarono spazi sempre più consistenti alle intromissioni dell'autorità di polizia e dell'amministrazione nella sfera delle libertà statutarie. Questa linea di sviluppo subirà una deriva di segno statualistico-autoritario con l'avvento del regime fascista (Leggi sulle associazioni del 1925-26, Testo unico di Pubblica Sicurezza del 1931, Codici penali del 1930), il quale avrebbe condotto progressivamente al completo oblio dell'ispirazione liberale dello Statuto e infine, con le leggi razziali del 1938, al sovvertimento del principio di eguaglianza dinanzi alla legge.

Al fine di cogliere i tratti caratterizzanti della torsione statualistica del costituzionalismo liberale, la vicenda della costruzione dello "Stato di diritto" (*Rechtsstaat*) nella Germania della seconda metà del XIX secolo è un passaggio fondamentale. Tale vicenda è caratterizzata dall'innesto, non privo di contraddizioni, di componenti liberali sul tronco di un ordinamento politico-statale unitario, che considerava il cittadino come parte di un "organismo" ad esso superiore e come subordinato al tutto. Il contrasto fra queste spinte divergenti è rispecchiato dall'evoluzione dei testi costituzionali della Restaurazione, mentre, nel corso dei moti rivoluzionari del biennio 1848-49, prevalse un'ispirazione più liberale, come nella Costituzione della *Paulskirche* di Francoforte, che conteneva un catalogo di «diritti fondamentali del popolo tedesco» assai ricco e aperto alle conquiste del costituzionalismo europeo, e che era inquadrato entro la cornice di un comune diritto di cittadinanza.

Nel complesso, tuttavia, lo sforzo di costruire il processo di unificazione tedesca sull'idea della sovranità dell'organismo statale trovò vigorosa ispirazione nel pensiero dell'idealismo tedesco, e in particolare nella filosofia di Fichte e in quella di Hegel. Tali elaborazioni influenzarono in misura rilevante l'approdo a una concezione delle situazioni soggettive, che, capovolgendo il postulato giusnaturalistico della prestatualità dei diritti, fu incentrata sulla subordinazione dell'individuo allo Stato, e sulla confluenza della società civile, intesa come il luogo del particolarismo e delle divisioni, nella superiore unità dell'organismo statale. Dopo l'unificazione tedesca, e soprattutto nel quadro degli sforzi della dottrina di elaborare un "sistema" del diritto pubblico, indirizzato a ricostruire su basi dogmatiche gli assetti costituzionali del *Reich*, il nodo problematico del rapporto fra il singolo e la sovranità dello Stato sfociò nella elaborazione della categoria dei "diritti pubblici soggettivi". In una prima fase dell'elaborazione della teoria dei diritti pubblici, le componenti tardoassolutistiche di questa appaiono nettamente prevalenti, ed i diritti pubblici vennero configurati come meri «diritti riflessi», cioè effetti riflessi del ritirarsi del potere statale dalla sfera degli individui. Verso la fine del XIX secolo, la teoria dei diritti pubblici soggettivi si sarebbe sforzata di armonizzare il postulato liberale della priorità dei diritti con il dogma della sovranità statale, e, in questa prospettiva, i diritti pubblici vennero configurati come il prodotto dell'autolimitazione dello Stato nel mondo del diritto<sup>11</sup>.

La teoria dei diritti pubblici soggettivi rappresentò il più raffinato tentativo di sistemazione giuridica degli approdi finali della concezione liberal-borghese della libertà individuale<sup>12</sup>. Nel complesso, peraltro, essa sottendeva una visione riduttiva del ruolo dell'opinione pubblica e della funzione di garanzia svolta dal libero gioco delle forze sociali. È emblematica, anche sotto questo profilo, la classificazione dei diritti pubblici soggettivi proposta da Jellinek. Essa era basata sulla distinzione di quattro *status* fondamentali del cittadino, riassuntivi della complessiva posizione giuridica del soggetto nei suoi rapporti con lo Stato: lo *status passivus*, che esprime la condizione di subordinazione alla legge; lo *status negativus*, che descrive la sfera della libertà del cittadino dallo Stato; lo *status positivus*, che può fondare pretese del singolo

---

<sup>11</sup> JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912

<sup>12</sup> BALDASSARRE A., *Diritto della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 313 ss.; RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, 2006, pp. 79 ss..

a “prestazioni” da parte dello Stato; lo *status activus*, che comprende infine i diritti di partecipazione politica nella vita dello Stato<sup>13</sup>.

La dottrina *jellinekiana* degli *status* ha avuto grande fortuna nelle successive ricostruzioni della struttura dei diritti costituzionali e, sebbene con integrazioni ed adattamenti, rappresenta ancora la base di molte delle classificazioni dei diritti ricorrenti nella dottrina. E tuttavia non deve essere sottovalutato il contesto politico-costituzionale, sul cui sfondo tale teoria venne elaborata.

In primo luogo, essa configurò gli altri status del soggetto, e anzitutto lo *status negativus*, come sostanzialmente accessori rispetto allo *status passivus* di soggezione al potere statale, il quale potere, proprio in quanto è esso stesso vincolato al rispetto di determinati spazi di libertà, resta concepito come un potere in linea di principio illimitato. Inoltre, poiché il soggetto titolare dello *status negativus* non è l'uomo o il cittadino considerato nelle sue reali condizioni di vita, ma l'individuo astratto, ridotto a mero centro di imputazione di diritti e di doveri, la libertà che a questi è riconosciuta non è riferita alle concrete condizioni sociali del soggetto, ma viene a configurarsi come una mera (ed astratta) libertà da costrizioni illegali.

### **SEZIONE III. “Diritti” e “valori” nelle costituzioni delle democrazie pluralistiche: dai “diritti pubblici soggettivi” ai “diritti fondamentali”**

Invero, le trasformazioni profonde del costituzionalismo democratico del XX secolo, prodottesi in Europa a partire dal primo dopoguerra, hanno causato radicali mutamenti anche sul terreno dei diritti fondamentali, per quanto riguarda l'ampiezza del catalogo dei diritti, la struttura delle situazioni soggettive ed i mezzi di tutela.

Questo imponente processo di trasformazione investe in pieno il problema del ruolo e della funzione delle costituzioni, e insieme quello dei diritti e della regolazione degli ambiti della vita sociale, che esse debbono assicurare. Quanto al primo profilo, le costituzioni non sono più chiamate a riflettere l'universo coerente e compatto della società borghese, ma a costituire la trama unificante di un tessuto sociale pluralistico e anzi percorso da forti antagonismi. Per quel che riguarda il rapporto fra le istanze

---

<sup>13</sup> JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912, pp. 105 ss..



del pluralismo e il ruolo dei diritti costituzionali, lo scenario che si è appena tratteggiato ha implicazioni rilevanti. Esso comporta altresì la posizione di tavole di valori e di orientamenti fondamentali della convivenza organizzata, che operano ad un tempo come base di un terreno d'intesa comune<sup>14</sup>, come precipitato dell'"autocomprensione" di un'identità collettiva<sup>15</sup>, e come strumento di alleggerimento della conflittualità del processo politico<sup>16</sup>, che viene, per così dire, imbrigliata ed incanalata nell'alveo dei principi costituzionali. Secondo una ricostruzione che risale ai primi decenni del Novecento, la funzione di regolazione del conflitto, che le costituzioni del pluralismo sono chiamate a svolgere, può esprimere un livello di unificazione politica, a condizione che ad essa si riconosca una funzione di "integrazione". In questo quadro, i diritti, in quanto precipuo fattore di integrazione delle democrazie pluralistiche, assumono il carattere di "diritti fondamentali" (*Grundrechte*), in quanto essi vengono incardinati in una visione complessiva della Costituzione e ritenuti espressione di un sistema culturale di valori<sup>17</sup>.

Per quanto concerne i diritti, la circostanza che le costituzioni delle democrazie pluralistiche tendano a porsi anzitutto come tavola di valori ordinativa di un processo di integrazione comporta, in primo luogo, che i cataloghi dei diritti costituzionali non siano espressione di assetti monodimensionali, cioè ispirati da un unico principio guida, e che essi siano aperti a molteplici virtualità di contemperamento, poiché questo assetto fondato sulle «possibilità» (*non modo sed etiam*), piuttosto che su alternative reciprocamente escludentisi (*aut aut*), corrisponde alle stesse necessità di sopravvivenza del pluralismo<sup>18</sup>.

In secondo luogo, il mutamento di funzione delle costituzioni ha comportato la dilatazione del catalogo dei diritti, in linea con l'apertura delle costituzioni democratiche europee del XX secolo alla società, alle reali condizioni di vita e alla trama di relazioni sociali, entro le quali si dispiega la libertà umana. Un'apertura che, agli albori del costituzionalismo democratico-sociale, la "Costituzione di Weimar" del

---

<sup>14</sup> Cfr. HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci, 2005, pp. 45 ss..

<sup>15</sup> Cfr. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, AMIRANTE C. (a cura di), Torino 1997, pp. 15 ss.

<sup>16</sup> Cfr. LUHMANN N., *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002, pp. 47 ss.

<sup>17</sup> Cfr. SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale*, ZAGREBELSKY G. (a cura di), Giuffrè, Milano, 1988, pp. 89 ss..

<sup>18</sup> Cfr. HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit., pp. 1 ss..

1919 espresse emblematicamente già nell'articolazione del catalogo dei «diritti e doveri fondamentali dei tedeschi», riferita rispettivamente alle «persone singole», alla «vita collettiva», al «fenomeno religioso», all'«educazione» e alla «vita economica». E questa scelta, che innovava profondamente all'articolazione dei diritti nelle costituzioni liberali, fece infatti dell'esperimento *weimariano* il prototipo e il laboratorio del costituzionalismo democratico del Novecento.

Lo scenario appena abbozzato determina implicazioni rilevanti nella configurazione delle “garanzie” dei diritti costituzionali. Nelle costituzioni liberali le enunciazioni dei diritti restavano sullo sfondo di un sistema di garanzie, il cui perno era costituito dal principio di legalità e dalla tutela del soggetto da intromissioni e costrizioni non conformi alla legge. Nelle democrazie pluralistiche, per contro, la Costituzione, per la sua funzione ordinatrice del pluralismo sociale, si pone essa stessa al centro della garanzia dei diritti. Il ruolo che in esse occupano i cataloghi dei diritti deve essere rapportato essenzialmente alla complessità sociale, cui la Costituzione conferisce un quadro di riferimento e una tavola di valori.

Inoltre, il passaggio dallo Stato di diritto legislativo allo “Stato costituzionale” ha portato all'accentuazione di una considerazione di tipo sistemico delle garanzie dei diritti. Queste sembrano oggi sostanzialmente incardinate nelle tavole di valori delle costituzioni del pluralismo. Con queste tavole di valori il sistema delle garanzie si trova in un rapporto insieme di condizionamento e di interdipendenza, in quanto esso è chiamato a presidiare i complessi equilibri sociali, su cui tali costituzioni si basano. Le costituzioni del pluralismo incorporano tensioni, conflitti, identità differenti, facendoli convivere in un quadro di integrazione, e che la direzione di senso della garanzia dei diritti è, inseparabile dalla premessa che la Costituzione ricerca il punto di equilibrio fra libertà e integrazione<sup>19</sup>.

Si farà ora un rapido cenno alle questioni più dibattute nell'impianto della garanzia dei diritti nelle costituzioni delle democrazie pluralistiche. Una prima questione riguarda il rapporto fra i principi sottostanti alla discipline dei diritti costituzionali, in quanto il pluralismo dei valori esprima orientamenti confliggenti con riferimento allo stesso diritto (ad es., l'inviolabilità della libertà personale e la custodia cautelare, il diritto alla proprietà privata e la funzione sociale di questa), ovvero produca collisioni o interferenze fra gli ambiti di protezione di differenti diritti (ad es., fra la libertà di

---

<sup>19</sup> Cfr. RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, 2006, pp. 54 ss.

iniziativa economica e la libertà di manifestazione del pensiero)<sup>20</sup>. Tale nodo problematico, che affida ampi margini alla discrezionalità del legislatore, chiamato a sviluppare i principi costituzionali e a calare nell'ordinamento, attualizzandoli, gli orientamenti che la Costituzione esprime, viene risolto attraverso le operazioni di ponderazione e di bilanciamento fra i diversi beni protetti dalla Costituzione, cui provvedono le Corti Costituzionali. Tali operazioni presentano profili più problematici, allorché non sia possibile giungere ad individuare una gerarchia fra i valori coinvolti in esse. Si richiamano qui, peraltro, modelli differenti: la ponderazione (*Güterabwägung*), operata dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, la quale muove dalla concezione della Costituzione come “ordinamento di valori” (*Wertordnung*) e da una ricostruzione dei *Grundrechte* fondata su una gerarchia di valori culminante nell'intangibilità della dignità dell'uomo; e le operazioni di *balancing* praticate dalla Corte Suprema statunitense, le quali nascono su basi culturali e filosofiche differenti e si fondano sulla identificazione, sull'apprezzamento e sulla comparazione degli “interessi” in conflitto.

D'altra parte, i diritti costituzionali formano diritto immediatamente vigente anche indipendentemente dall'interposizione del legislatore ordinario, tant'è che le relative norme costituzionali possono direttamente essere poste a fondamento di una pronuncia di incostituzionalità. Se pertanto rispetto al legislatore non può mutare l'intensità del vincolo derivante da tali norme, l'ampliamento del raggio di azione dei diritti costituzionali ha sicuramente potenziato la capacità di penetrazione della costituzione nell'ordinamento. Ciò ha comportato peraltro una riduzione dell'efficacia prescrittiva delle norme costituzionali direttamente proporzionale all'estensione del potere di conformazione del legislatore nel dare attuazione o sviluppo alle norme stesse. In questa prospettiva, è stato anche paventato il rischio che una forza prescrittiva della costituzione interamente rimessa alle operazioni di bilanciamento delle corti costituzionali ne indebolisca la posizione di supremazia<sup>21</sup>.

Un secondo ordine problemi riguarda l'istituto della “riserva di legge”. Tale istituto è stato per decenni ricostruito come strumento di garanzia dei diritti, svolgendo un ruolo centrale nel processo di consolidamento della egemonia borghese nelle

---

<sup>20</sup> Cfr. BALDASSARRE A., *Diritto della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 91 ss..

<sup>21</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE E.W., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, ed. it. M. NICOLETTI, O. BRINO (a cura di), Giuffrè, Milano 2006, pp. 159 ss.; HABERMAS J., *Fatti e norme*, L. CEPPA, P.P. PORTINARO (a cura di), Milano, 1996, pp. 285 ss..

istituzioni rappresentative, ed è stato strettamente legato all'affermazione del principio della "preferenza di legge". Nelle costituzioni del pluralismo, peraltro, la riserva di legge ha potuto conservare tale funzione di garanzia solo a prezzo di una radicale riformulazione del suo fondamento e della sua collocazione che rispecchiano l'ambivalenza della posizione della legge parlamentare nello Stato costituzionale contemporaneo: strumento privilegiato di conformazione dei diritti costituzionali, intrinsecamente garantito sul terreno del procedimento in funzione della tutela del contraddittorio e delle minoranze parlamentari<sup>22</sup>, e a un tempo strumento per veicolare nell'ordinamento gli orientamenti e gli obiettivi fondamentali della costituzione, e per vincolare allo sviluppo di questi il legislatore parlamentare.

La tensione fra crisi della antica supremazia della legge parlamentare e valorizzazione delle potenzialità di sviluppo dei diritti costituzionali, in essa racchiuse, risulta in modo particolarmente illuminante nel caso delle cc.dd. riserve rinforzate, strumento precipuo di garanzia dei diritti, cui la Costituzione italiana fa frequente ricorso. La Costituzione, infatti, predeterminando minando per mezzo di esse il contenuto delle leggi nella materia riservata, ha introdotto un limite al principio maggioritario e all'autosufficienza dei meccanismi della democrazia procedurale<sup>23</sup>.

La discussione sull'evoluzione della riserva di legge è dunque un passaggio assai rilevante. Essa dimostra in primo luogo che la riserva, nonostante il forte ridimensionamento che essa ha subito per effetto dell'ampliamento dei poteri normativi dell'Esecutivo e soprattutto per l'impatto della normativa comunitaria, non può più essere considerata, come nell'esperienza degli ordinamenti liberali, uno strumento di garanzia della legalità in senso formale. In secondo luogo, con riferimento all'ordinamento italiano (che in ciò appare più rigorosamente garantista di altri, fra cui quello tedesco) va precisato che, alla luce dello sviluppo che è stato ricordato, l'aver punteggiato la disciplina costituzionale dei diritti di puntuali e specifiche riserve di legge, in gran parte rinforzate, vale a presidiare la forza normativa della Costituzione dal rischio che una «riserva generale» del legislatore riguardo alla conformazione dei diritti sconfini nella rimessione della configurazione dei diritti stessi a complessi normativi di fonte legislativa o a principi generali, che a questi fanno in larga misura riferimento.

---

<sup>22</sup> Cfr. FOIS S., *La riserva di legge*, Milano, 1963, pp. 243 ss..

<sup>23</sup> Cfr. AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, pp. 308 ss..

Un terzo ordine di problemi tocca il contenuto del “principio di legalità”. La costruzione dell’architettura dei diritti costituzionali sulla persona, considerata nella concreta realtà delle sue condizioni di vita e dei suoi legami sociali, non consente di ridurre il principio di libertà alla legalità in senso formale, riduzione implicita nelle ricostruzioni di stampo giuspositivistico, che hanno considerato il soggetto privato solo come termine di una rete di rapporti con i poteri pubblici e fatto astrazione dalla sua collocazione nella società. Ciò vuol dire che la funzione legislativa è legittimata e vincolata allo stesso tempo da una concezione sostanziale della legalità costituzionale, la quale esige di propagarsi ed essere riprodotta anche al livello inferiore dell’ordinamento. Ciò dovrebbe coerentemente riflettersi sul principio di legalità dell’azione dei pubblici poteri dal momento che, per poter assolvere alla funzione di vettore dei valori costituzionali nell’azione di tutti i soggetti pubblici, la legge non può più essere considerata come un astratto titolo di legittimazione, ma è chiamata a predeterminare anzitutto i contenuti dei poteri pubblici incidenti sulle sfere di libertà. Dalle osservazioni che precedono risulta chiaro che, la fisionomia che il principio di legalità ha assunto negli ordinamenti dell’Europa continentale è stata condizionata sensibilmente dalle modalità con le quali l’affermazione della supremazia della legge si è embricata in un disegno di forte unificazione politica e intrecciata con gli itinerari della costruzione del dogma della sovranità dello Stato. Al contrario, l’elaborazione della *rule of law* nell’ordinamento inglese e la recezione di essa negli ordinamenti influenzati dall’esperienza del *common law* hanno seguito percorsi profondamente differenti. L’idea della *rule of law* accompagna invero, sin dalle origini medievali, lo sviluppo del diritto inglese. Ed essa, come strumento di protezione dei diritti, non può essere ricondotta esclusivamente alla supremazia di un diritto soggetto soltanto a modifiche deliberate dal potere legislativo, ma deriva anzitutto dalla supremazia del diritto così come amministrato dalle Corti di giustizia, di un diritto, pertanto, del quale *statute law* e *case law* sono parti integranti e complementari.

Un altro aspetto fondamentale della *rule of law* consiste nel suo connotato antiformalistico, in quanto essa fa riferimento a criteri sostanzialistici di protezione dei diritti. La *rule of law* impone anzitutto il rispetto di un contenuto minimo, che deve essere base sostanziale di un sistema legale di protezione dei diritti contro gli abusi del governo. Secondo la nota ricostruzione di Dicey, l’espressione *rule of law* riassume tre istanze fondamentali: l’assenza di poteri arbitrari, l’eguaglianza dinanzi alla legge

(che implica anzitutto l'eguale soggezione ad una giurisdizione comune), il carattere *judge-made* della stessa Costituzione, i cui principi, anzitutto quelli di protezione dei diritti, sono il risultato di decisioni giudiziarie su casi particolari e non invece, come nella tradizione dell'Europa occidentale, il risultato di un processo di astrazione e di generalizzazione delle norme costituzionali<sup>24</sup>.

In questa cornice, due aspetti assumono particolare rilievo. Il primo è quello concernente il *judicial review* sull'attività amministrativa, che, nell'ordinamento inglese, viene esercitato dai giudici ordinari attraverso un complesso articolato di congegni e rimedi processuali. Il secondo aspetto riguarda la clausola del *due process of law*, che, nata anch'essa nell'esperienza della *common law* inglese, ha avuto applicazioni e sviluppi particolarmente significativi nell'esperienza statunitense, ove è stata costituzionalizzata (v. gli emendamenti V e XIV della Cost. Usa), per diffondersi poi anche negli ordinamenti europei. Anche la clausola del *due process of law* non contraddice alla forte impronta sostanzialistica della protezione dei diritti assicurata dalla *rule of law*. Essa, invero, offre risalto, per un verso, alle garanzie processuali e alla dinamica del processo nei Paesi di *common law*; per altro verso, il principio che nessuno può essere privato della vita, della libertà e della proprietà senza un "regolare" processo, racchiude nell'aggettivo *due* ("dovuto") molto più che la mera garanzia della legalità del processo. Esso fa appello anzitutto alla coscienza dell'uomo e ad un'idea di giustizia superiore, fondata sulla natura e sulla ragione, esprimendo un principio di valore etico-politico prima che giuridico.

---

<sup>24</sup> Cfr. DICEY A.V., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, (a cura di) TORRE A., Bologna, 2005, pp. 153 ss.



## **CAPITOLO SECONDO**

### **I PROTAGONISTI DEL SISTEMA DI PROTEZIONE MULTILIVELLO DEI DIRITTI UMANI**

#### **Sezione I. L'ordinamento italiano e la tutela dei diritti umani**

##### **I.1 I diritti fondamentali nella Costituzione italiana tra primato della persona e dignità umana.**

Dopo la fine della Seconda guerra mondiale, le costituzioni europee che si sono ispirate ai principi della “democrazia pluralistica” (la Costituzione della IV Repubblica francese del 1946, la Costituzione italiana del 1947 ed il *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca del 1949) hanno ampiamente utilizzato il bagaglio di esperienze del costituzionalismo europeo del primo dopoguerra, anche per quanto riguarda l'ampliamento dell'area e delle dimensioni dei diritti costituzionali.

Le nuove carte costituzionali hanno peraltro rielaborato e rivisitato tali esperienze, in primo luogo nel quadro di un deciso rifiuto dei totalitarismi impostisi in Europa nella prima metà del XIX secolo, e della volontà di opporre alle esperienze disumanizzanti della guerra, della persecuzione e dello sterminio, una immagine dell'uomo costruita su un patrimonio di diritti inviolabili.

In quest'opera di ricostruzione costituzionale furono assorbiti inoltre gli orientamenti prevalenti nella cultura politica dell'antifascismo europeo, alla quale il corporativismo societario di matrice cattolica, il pluralismo di derivazione laburista, il socialismo liberale, il federalismo democratico, il marxismo e la dottrina dell'economia sociale di mercato avevano recato il contributo più rilevante. Si tratta, come è evidente, di componenti culturali molto diverse e in alcuni casi antagonistiche, la cui incidenza sui processi costituenti europei fu condizionata dal contesto politico dei singoli paesi e dalla situazione internazionale.

Nella Costituzione italiana, in particolare, l'architettura dei diritti inviolabili (secondo la dizione accolta dall'art. 2 Cost.) ha risentito dei caratteri peculiari del compromesso costituente, cui parteciparono forze politiche che si richiamavano al cattolicesimo democratico, al liberalismo e al marxismo.



L'impianto dei diritti costituzionali poggia sul "principio pluralista", pure accolto dall'art. 2 Cost., e sul "principio di eguaglianza sostanziale" (art. 3, comma 2 Cost.). Tali principi non furono il risultato di un mero scambio tattico fra i cattolici e le sinistre in Assemblea costituente, ma esprimono l'opzione in favore di un disegno di trasformazione sociale e di diffusione di *chance* di libertà, del quale entrambi dovevano essere il perno.

Sembra dunque necessaria una lettura integrata degli artt. 2 e 3, comma 2, Cost., che non si limiti a considerarli come l'espressione di istanze potenzialmente antagonistiche (la libertà e l'eguaglianza), presenti nella Costituzione repubblicana e in essa come giustapposte e insuscettibili di armonizzazione sistematica.

Nelle esperienze costituzionali europee del secondo dopoguerra è peraltro possibile cogliere alcuni tratti comuni che informano l'edificio dei diritti fondamentali.

Il primo è rappresentato dal principio della intangibilità della "dignità dell'uomo".

Tale principio è significativo dell'affermarsi e del consolidarsi, in seno agli ordinamenti democratici contemporanei, del primato della persona umana sullo Stato. Il primato della persona, che oggi potrebbe apparire quasi ovvio e scontato, costituisce, invece, un dato di assoluta novità delle Costituzioni democratiche contemporanee ed, insieme, un momento di rottura con l'esperienza liberale ottocentesca.

Nello Stato liberale, infatti, la concezione dei diritti del cittadino si basava sulla netta divisione fra interesse privato ed interesse pubblico, fra società e Stato, in modo tale da poter individuare due campi ben distinti: uno era l'ambito della "libertà", nel quale l'individuo era padrone della sua sfera privata, l'altro era la sfera pubblica, dove lo Stato esercitava la propria sovranità, senza altri limiti che non fossero quelli basati sul proprio apprezzamento dell'interesse pubblico.

La persona rilevava, pertanto, in una dimensione astratta - individualistica, ossia come soggetto dotato di una libertà, in teoria illimitata, sulla propria sfera personale e privata; tutto ciò che concerneva, invece, i rapporti tra gli individui e, tra questi e le istituzioni pubbliche, era ritenuto in realtà soggetto alla sovranità dello Stato<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano 1996; l'Autore evidenzia come vi fosse «una concezione della persona come essere diviso: il suo lato libero da relazioni sociali e politiche era titolare di diritti verso lo Stato e connotava, quindi, il suo essere "cittadino", soggetto di libertà, mentre il suo lato sociale e politico era per principio sottoposto al potere sovrano dello Stato e connotava, quindi, il suo essere suddito (non cittadino)».

Nella visione giuspositivistica dello “Stato di diritto” a matrice liberale, i diritti fondamentali sorgevano dal vincolo contrattuale che legava il cittadino allo Stato e trovavano il loro fondamento nella legge, cui erano sottoposti. La garanzia di tali diritti scaturiva, di conseguenza, dalla combinazione del principio della “riserva di legge” con il principio della “riserva di giurisdizione”, secondo cui nessun limite poteva essere apportato alle libertà fondamentali del cittadino in mancanza di una norma primaria applicabile da un giudice indipendente.

Negli Stati costituzionali europei del secondo dopoguerra questa visione è invece capovolta: ciò che è l'essere della persona, le sue esigenze, i suoi bisogni, diviene il fondamento del riconoscimento di taluni diritti della persona umana, cosicché essi non potranno più essere semplicemente intesi quali forme di limitazione apportate alla sovranità statale, ma quali mezzi attraverso cui la personalità umana si realizza.

In un ordinamento che riconosce ed afferma il primato della persona rispetto allo Stato ed alle sue leggi, i diritti divengono, pertanto, strumenti di autorealizzazione<sup>26</sup> e l'individuo rileva come persona, intesa essa stessa come valore «inglobante la totalità delle relazioni umane fondamentali»<sup>27</sup>.

Le Costituzioni contemporanee, pertanto sostituiscono ad un'asfittica concezione liberale dei diritti che li relegava a libertà negativa nei confronti del potere pubblico, la cosiddetta “libertà-autonomia” (libertà positiva) determinando la trasformazione dei diritti fondamentali «da semplici diritti di difesa e obblighi di non intervento per lo stato in doveri di tutela statale, e perciò in obblighi di agire e addirittura in norme che fissano i compiti per lo stato»<sup>28</sup>.

La dignità umana, quindi, costituisce uno degli elementi che meglio connotano la specificità delle Carte dei diritti contemporanee, distinguendole dai classici cataloghi di diritti naturali e inalienabili prodotti dalle rivoluzioni moderne, ove, al contrario, era ignorata.

All'interno delle Carte costituzionali la dignità umana si fonde inscindibilmente con i diritti fondamentali in quanto la sua piena attuazione è funzione della garanzia dei diritti, che dipende dalla loro effettiva tutela. In tal modo, viene a formalizzarsi un legame necessario tra diritti e dignità in cui, rispettivamente, quest'ultima ha valore

---

<sup>26</sup> A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, 1989.

<sup>27</sup> A. BALDASSARRE, (voce) *Diritti inviolabili*, op. cit..

<sup>28</sup> E. DENNINGER, (*Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, C. AMIRANTE (a cura e con saggio introduttivi di), Torino 1997.

fondante rispetto ai primi, mentre la tutela di diritti mira alla promozione ed alla realizzazione della dignità<sup>29</sup>.

In tal senso la dignità umana è allora il “punto archimedeo” dell’ordine politico-costituzionale contemporaneo, ossia il momento attraverso il quale il rapporto Stato–società supera la separazione e l’antitesi, e si riassume nell’assunzione da parte dello Stato di una funzione strumentale di garanzia al pieno sviluppo dei valori personalistici<sup>30</sup>.

Sono in particolare le tradizioni giuridiche e culturali europee che hanno dato rilievo alla dignità: i testi normativi rispecchiano inconfondibilmente le vicissitudini storiche del continente nell’ultimo secolo, disegnando una geografia costituzionale che ha nella dignità umana il suo baricentro.

Importanti riferimenti a tale principio sono presenti nelle Costituzioni belga, finlandese, greca, polacca, portoghese, rumena, slovacca, svizzera, ucraina. Particolarmente significativo è il caso della Germania; l’art. 1 della legge fondamentale tedesca, infatti, afferma solennemente che: «La dignità della persona è intangibile. Al suo rispetto ed alla sua protezione è vincolato l’esercizio di ogni potere statale. Il popolo tedesco riconosce pertanto i diritti umani inviolabili e inalienabili come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia del mondo. I seguenti diritti fondamentali vincolano i poteri legislativo, esecutivo e giurisdizionale, in quanto norme dotate di efficacia diretta»<sup>31</sup>. Nel disegno complessivo della Legge fondamentale tedesca il principio di dignità ha, non soltanto una evidente spiegazione storica – la reazione contro i mezzi di annientamento della persona umana messi in opera durante il regime nazista – ma ad esso si è riconosciuto altresì il ruolo di architrave dell’architettura dei diritti fondamentali.

---

<sup>29</sup> Cr. ZANICHELLI M., *Il significato dei diritti fondamentali*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, 2007, p. 532.

<sup>30</sup> Cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappicchelli, Torino 2000, la quale considera questa centralità della dignità umana il vero *quid novi* apportato dalla Costituzioni contemporanee alla tradizione liberale e l’elemento basilare per eliminare ogni tipo di distanza tra i diritti della prima e della seconda generazione constatando che «tutti i diritti fondamentali possono essere considerati come diritti di difesa e/o come diritti di prestazione, e/o come diritti di partecipazione e/o come diritti di percepire un utile sociale».

<sup>31</sup> Die Grundrechte, Artikel 1: “(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“.

La Costituzione italiana non fa invece riferimento espresso alla dignità dell'uomo, ma, secondo un'interpretazione autorevole<sup>32</sup>, l'art. 2 dà risalto al "principio personalista", che presenterebbe tratti di affinità con quello dell'intangibilità della *Menschenwürde*.

## I.2 L'articolo 2 della Costituzione italiana: l'essenza del principio personalista

Nell'ordinamento giuridico italiano il sistema dei diritti fondamentali trova fondamento nella norma di principio, contenuta nell'art. 2 della Costituzione, per la quale «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Il testo dell'art. 2 scaturì da un tormentato dibattito che, in Assemblea Costituente (e soprattutto nella Prima Sottocommissione), vide contrapporsi tre diverse ispirazioni di pensiero: quello liberale, quello cattolico e quello socialista<sup>33</sup>. La discussione in Assemblea Costituente sull'art. 2, infatti, fu particolarmente sentita e vide emergere istanze giusnaturalistiche, espressione del personalismo di matrice cattolica<sup>34</sup>, che fra le due guerre, era stato oggetto, in particolare in Francia, di suggestive elaborazioni filosofiche, la forte pressione delle sinistre allo scopo di salvaguardare nell'impianto dei diritti costituzionali spazi consistenti alla conflittualità ed alle opportunità di trasformazione del sistema economico e sociale, ed infine, sullo sfondo, e con un ruolo politicamente minoritario ma significativo sul terreno della formulazione tecnica, la cultura liberale, tradizionalmente attenta ai congegni giuridici di garanzia dei diritti.

---

<sup>32</sup> Cfr. MORTATI C., *La persona, lo stato, le comunità intermedie*, Roma, 1959.

<sup>33</sup> v. CALAMANDREI P., *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana* P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), Firenze, 1950, ove si afferma che "(...) come l'Assemblea da cui fu approvata, così anche la Costituzione fu necessariamente ispirata da quella politica di coalizione dei tre partiti cosiddetti 'di massa', che nel periodo della Costituente fu la base del Governo De Gasperi: fu, cioè, anch'essa, "tripartita" (p. CXXVIII); Id., *La Costituzione e le leggi per attuarla*, ora in *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, vol. III, Napoli, 1968, p. 511 e pp. 514 ss.

<sup>34</sup> Le dottrine a tendenza giusnaturalista insistono particolarmente sul significato da attribuire all'espressione "riconosce" utilizzata dall'art. 2 Cost., nel senso che questi diritti che l'ordinamento statale riconosce, sono preesistenti allo Stato, antecedenti allo stesso ordinamento positivo, dei "dati" recepiti dall'ordine statale che il diritto regola (sul punto v. M. Mazziotti di Celso, *La nuova Costituzione italiana. Principi fondamentali e diritti e doveri dei cittadini*, in *Arch. Giur.*, 1948, 138 s.; Id., *Il diritto al lavoro*, Milano 1956, 88-91).

Il compromesso tra le diverse posizioni fu rappresentato dalla condivisione, da parte di Togliatti, dell'impostazione sui diritti fondamentali formulata da Dossetti, che culminò nella presentazione di un ordine del giorno, in cui trovarono espressione quei principi che poi furono recepiti nella formula dell'art. 2 Cost. In primo luogo, il principio della "anteriorità" e della "precedenza" dei diritti rispetto al riconoscimento dello Stato, in quanto essi preesistono a questo come bagaglio insopprimibile della personalità individuale<sup>35</sup>.

In secondo luogo, la sottolineatura della dimensione sociale dei diritti<sup>36</sup>, della circostanza che questi debbono consentire lo sviluppo della personalità individuale, che si dipana nella società, nella concretezza dei rapporti di vita e delle "legature sociali" dell'individuo. Questa attenzione alla assoluta priorità del valore dello sviluppo della personalità individuale, ed insieme alla dimensione sociale dei diritti, costituisce un tratto peculiare dell'art. 2 della Costituzione italiana.

L'impostazione rifletteva, indubbiamente, la maturata consapevolezza di ritenere il riconoscimento dei diritti fondamentali connotato assiologico della nuova forma di Stato, in cui si sarebbe dovuto affermare il superamento di quel rapporto Stato-individuo che, specie nelle costituzioni liberali dell'ottocento, aveva – secondo la teoria dei diritti pubblici soggettivi – negato rilevanza all'individuo in quanto tale, venendo quest'ultimo in considerazione solo ed esclusivamente come cittadino ovvero in rapporto allo Stato<sup>37</sup>.

La proclamazione dell'art. 2 Cost. segna, pertanto, il definitivo superamento dell'impostazione statocentrica e, riconoscendo il primato della persona rispetto allo Stato, assume il principio personalista come punto fermo della regolazione del nuovo rapporto individuo-comunità statale<sup>38</sup>. La persona in quanto "fine del sistema delle libertà"<sup>39</sup>, diviene titolare di quei diritti fondamentali costituenti il patrimonio irriducibile della dignità umana che la Repubblica s'impegna a salvaguardare. E se da un lato l'accoglimento del principio personalistico porta con sé il riconoscimento di diritti individuali, in quanto riconosciuti al singolo "per l'appagamento egoistico dei

---

<sup>35</sup> PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, p. 557.

<sup>36</sup> Cfr. *infra*, cap. II, par. I.4.

<sup>37</sup> CRISAFULLI V., *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. lav.*, 1954, p. 73 ss..

<sup>38</sup> PACE A., *Problemativa delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova 2003, p. 5; BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Encicl. Giuridica Treccani*, XI, Roma 1989, *ad vocem*; e Id., *Proprietà*, in *Encicl. Giuridica Treccani*, XXV, Roma 1991, *ad vocem*; CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino 2002, pp. 136 ss..

<sup>39</sup> GUARINO G., *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967, p. 88.

suoi bisogni e desideri individuali”<sup>40</sup>, dall’altro considera l’individuo anche nella sua dimensione di essere sociale, riconoscendo a questi – quale cittadino, o membro di formazioni sociali – diritti “funzionali”, e cioè diritti attribuiti non per il soddisfacimento dei propri egoistici bisogni, ma nell’interesse della comunità<sup>41</sup>.

Al di là di questa premessa, generalmente condivisa, però, attorno alla formula dell’art. 2 Cost. ha iniziato a ruotare la riflessione sul sistema dei diritti fondamentali e la *quaestio* interpretativa si è incentrata su due letture alternative: quella secondo cui la disposizione richiamata dovrebbe leggersi come norma “riassuntiva” dei soli diritti enumerati nel testo costituzionale, i quali sarebbero, in definitiva, un catalogo chiuso; e quella, invece, per la quale questa consentirebbe l’apertura del catalogo costituzionale, ricomprendendo anche diritti non enumerati espressamente.

### **I.2.1 *Segue*: l’articolo 2 Cost. come fattispecie “chiusa” o “aperta”**

Il quesito, sollevato in dottrina, se l’art. 2 della Costituzione configuri una formula riassuntiva dei diritti singolarmente enumerati dal testo costituzionale, i quali costituirebbero pertanto una serie chiusa, o se invece esso consenta, attraverso interpretazioni di tipo estensivo, l’apertura del catalogo ad altri diritti non enumerati, si rinnova attraverso il fenomeno della tutela multilivello dei diritti. Quest’ultima figura, capace di introdurre nell’ordinamento posizioni soggettive nuove, pone il problema di categorizzare le nuove figure all’interno del catalogo costituzionale dei diritti, attraverso anche l’art. 2; pertanto, si ripropone il problema di come intendere quest’ultimo, vera chiave di volta del sistema.

Il problema ha acquistato con gli anni un rilievo crescente, poiché, per un verso, i mutamenti del costume e della coscienza sociale e lo sviluppo tecnologico hanno fatto emergere l’arretratezza e l’insufficienza del catalogo costituzionale dei diritti, sul terreno, ad esempio, della protezione del diritto alla riservatezza, dei diritti legati alla evoluzione dei mezzi di comunicazione di massa ed alla comparsa dei collegamenti

---

<sup>40</sup> ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, Milano 1958, p. 8.

<sup>41</sup> Vedi in tal senso PACE A., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, pp. 37 ss.; Id., *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., p. 16; GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, pp. 50 ss.; nonché, sia pure in termini diversi BARBERA A., (*Commento all’ Art. 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna – Roma, 1975, p. 80.

informatici, sul terreno dell'ambiente e della tutela dei consumatori, della bioetica e dei diritti delle generazioni future.

È bene precisare che le due impostazioni, che si sono fronteggiate, hanno affrontato anche il tema dei c.d. “nuovi diritti”, proprio della dinamica di ogni sistema dei diritti fondamentali, risolvendolo in modo diverso.

Il timore che conduce la dottrina italiana a sposare la tesi della fattispecie “chiusa” è che l'art. 2 possa operare come clausola di apertura al “diritto naturale”, poiché «gli istituti della libertà, ancorati ad un diritto naturale, estraneo all'esperienza giuridica contemporanea, assumerebbero connotati talmente labili e soggettivi da scomparire nella nebbia dell'incertezza del diritto»<sup>42</sup>; di qui il rifiuto della tesi estensiva «sia per il difetto di ogni base positiva, sia e soprattutto perché tutte le libertà che abbiamo chiamato aggiuntive rampollano dal tronco di quelle che si leggono in Costituzione»<sup>43</sup>. La dottrina italiana, da parte sua, ha inteso porre un limite in relazione al modo di riconoscere l'estensione della garanzia costituzionale, che assumerebbe un particolare rilievo nel caso di collisione tra i diritti medesimi<sup>44</sup>. In tal senso, la tesi dell'art. 2 come clausola “chiusa” non ha escluso che questa norma sia stata interpretata come un rinvio ai “diritti che la tradizione ha tramandato”, ma semplicemente che tali diritti formerebbero «oggetto del richiamo di cui all'art. 2 Cost. solamente se ed in quanto, siano stati costituzionalmente positivizzati se ed in quanto, cioè, attraverso una formale previsione in Costituzione, siano entrati a comporre in modo rigido la fisionomia del sistema vigente»<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Si veda BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 54.

<sup>43</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 54.

<sup>44</sup> PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova 2003, p. 4, osserva che: «Le ipotesi di diritti non previsti in Costituzione sono assai più limitate di quel che a prima vista potrebbe pensarsi: o perché tali ipotesi rientrano in fattispecie normative concernenti i diritti espressamente riconosciuti dalla stessa Costituzione (...) oppure perché un loro eventuale riconoscimento porrebbe delle insanabili antinomie con altre norme costituzionali».

<sup>45</sup> GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, p. 160, per il quale «i diritti proclamati inviolabili dalla disposizione suddetta sarebbero, quindi, in una prima approssimazione, quelli che la coscienza giuridica ha da tempo ormai saldamente acquisito come diritti dell'uomo senza i quali altre affermazioni come quelle sul principio della sovranità popolare o sulla democrazia [...] costituirebbero mere espressioni verbali prive di un effettivo e coerente significato». In questa prospettiva, pertanto, il riconoscimento di eventuali nuovi diritti da parte del legislatore costituzionale s'intende circoscritto ai soli diritti elaborati e maturati nella coscienza sociale che vengono espressamente codificati nel sistema attraverso la legge costituzionale. Infatti, “il rinvio di cui all'art. 2 cost. non dovrebbe intendersi come fisso, ma mobile in senso unilaterale e garantistico; non chiuso e concluso in riferimento, cioè, ai soli diritti originariamente accolti nella Carta costituzionale, ma aperto anche agli altri che successive leggi costituzionali o di revisione costituzionale eventualmente introducano».

In relazione invece alle “nuove pretese di libertà”, che possono continuamente sorgere, non si riscontra un legame diretto con la lettura dell’art. 2 come clausola aperta. In altri termini, il problema della collocazione delle nuove pretese che si possano configurare come libertà, troverebbe soluzione nel «concreto modo in cui gli specifici diritti inviolabili sono riconosciuti nelle disposizioni costituzionali positive che li riguardano»<sup>46</sup>. Invero, le disposizioni della Carta costituzionale che disciplinano i diritti fondamentali sarebbero dotati di una potenzialità normativa ampia ed elastica che comprenderebbe «qualsiasi ipotesi che lo sviluppo della coscienza sociale o della civiltà giuridica [...] propongono come “nuovi diritti”». Ne consegue che, questi nuovi diritti sarebbero, da una parte, “diritti impliciti” essendo inclusi nel contenuto semantico di diritti già espressamente riconosciuti in Costituzione; dall’altra, “diritti strumentali” ovvero, diritti definiti per dare concreto significato e garanzia ai diritti specificamente previsti<sup>47</sup>. Tuttavia, il ruolo dell’art. 2 Cost., in sede di interpretazione, non sarebbe secondario, in quanto rappresenterebbe un “principio espansivo dotato di grande forza maieutica, nell’opera di individuazione dei diritti conseguenti a quelli enumerati”<sup>48</sup>. Infatti, «l’art. 2 non (aggiungerebbe) nuove situazioni soggettive a quelle concretamente previste dalle successive particolari disposizioni, ma (potrebbe) riferirsi anche ad altre potenziali e suscettibili di essere tradotte in (nuove) situazioni giuridiche positive. L’art. 2 sotto il profilo qui considerato (andrebbe) inteso perciò come avente la sola – anche se fondamentale – funzione di conferire il crisma dell’invioabilità ai diritti menzionati in Costituzione: diritti peraltro da identificare [...] non solo in quelli dichiaratamente enunciati in Costituzione, ma anche in quelli ad essi conseguenti». Esso sarebbe «in una parola matrice e garante dei diritti di libertà, non fonte di altri diritti al di là di quelli contenuti in Costituzione»<sup>49</sup>.

In conformità alle tesi enunciate, anche la considerazione dell’art. 2 come clausola “aperta” non porterebbe ad interpretare la disposizione sui “diritti inviolabili” come un’affermazione di un generale diritto di libertà<sup>50</sup>, oppure come una forma di apertura

---

<sup>46</sup> Cfr. BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, pp. 20 ss..

<sup>47</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 20 ss..

<sup>48</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 20 ss..

<sup>49</sup> Cfr. BARILE P., *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, op. cit., p. 56.

<sup>50</sup> Si veda MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, p. 949, per il quale «si potrebbe interpretare l’art. 2 cost. nel senso che si sia voluto affermare non già un diritto generale di libertà, ma piuttosto un principio che non si esaurisce interamente nelle singole fattispecie previste, e perciò consente all’interprete di desumerne dal sistema altre non contemplate specificamente».



al diritto naturale<sup>51</sup>, ma semplicemente come uno strumento ermeneutico idoneo a giustificare e legittimare sul piano costituzionale l'enucleazione di nuove fattispecie. Infatti, «una volta abbandonato il campo delle fattispecie giuridiche analitiche, puntualmente espresse dal testo costituzionale, non si può non operare di fatto, [...] un rinvio alla Costituzione materiale e ai principi di regime quali assunti dalla coscienza del giudice o dall'interprete»<sup>52</sup>.

Per coloro che apprezzano tale impostazione, la problematica relativa all'art. 2 Cost. andrebbe affrontata in termini di politica del diritto e non, invece, discutendo il valore ricognitivo o costitutivo del rinvio ai diritti inviolabili ovvero come il dilemma della fattispecie aperta o chiusa<sup>53</sup>.

In altre parole, tale orientamento proporrebbe lo schema del libero sviluppo della persona, come compito da realizzare e non solo come dato da rispettare; pertanto, i valori della persona non avrebbero una funzione solo di garanzia, bensì di sviluppo<sup>54</sup>. Conseguentemente, è relativamente a questa prospettiva, connessa all'affermazione dello “Stato democratico”, che si sosterebbe – una volta avvertita la necessità di “abbandonare il tentativo defaticante di ingabbiare le libertà costituzionali in rigide situazioni giuridiche, quali appunto i diritti subiettivi” – come sia necessario accogliere le «posizioni di chi invece attraverso detto articolo apre l'ordinamento ad altri valori non esplicitamente richiamati dal costituente», per cui si verrebbe a creare un effetto espansivo delle libertà che «non potrà non trovare un punto di sostegno, e

---

<sup>51</sup> Si veda BARBERA A., (*Commento all' Art. 2 della Costituzione*, op. cit., pp. 83 ss., che sulla polemica tra diritto naturale e diritto positivo afferma: “una questione – questa fin troppo sopravvalutata; quale che sia il significato politico-filosofico del diritto naturale, per poter esso esprimersi come forza normativa nell'ordinamento non può che appoggiarsi su forze politiche e culturali, su gruppi cioè in grado di affermare la loro egemonia politico culturale in grado di determinare la Costituzione materiale”. Il diritto naturale in questa prospettiva converge con il *giuspersonalismo* o con il *giusrazionalismo*, esprimendo niente altro che “valori storicamente rilevabili”.

<sup>52</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 85, per il quale si tratterebbe, sia nel caso di “rinvio a valori di diritto naturale”, che di “rinvio a valori emergenti nella costituzione materiale”, di “un problema di scelta culturale e politica”

<sup>53</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 83. L'Autore esclude in maniera tassativa il valore ricognitivo dell'art. 2, richiamandosi all'insegnamento di *Esposito*, secondo il quale, se è vero che la sovranità nel nostro ordinamento spetta al popolo, tutto il diritto si fonda sulla volontà popolare, la quale ha valore costitutivo di qualsiasi diritto v. C. Esposito, *La Costituzione italiana, Saggi*, Padova, 1954, 22. Il rinvio che l'art. in questione fa ai diritti inviolabili avrebbe, quindi, un valore “costitutivo” e di “apertura” “ad altre libertà e ad altri valori personali non espressamente tutelati dal testo costituzionale”

<sup>54</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 90.

nello stesso tempo un limite nella Costituzione materiale e nelle forze politiche, sociali e culturali che la determinano»<sup>55</sup>.

I tentativi di “sganciare” il riconoscimento di ulteriori diritti fondamentali dalle fattispecie previste nella Carta costituzionale sono paralleli alle posizioni di coloro che, attraverso l’art. 2 Cost., affrontano il tema del *fondamento* dei diritti, prescindendo dal riferimento alle singole disposizioni costituzionali. Secondo tale opinione, il Costituente, pur nel silenzio del testo costituzionale, avrebbe voluto implicitamente tutelare nella Carta anche quei diritti – come ad es. il diritto alla vita – che costituiscono, in qualche modo, il presupposto, o il fondamento *naturale* di quelli ivi espressamente tutelati<sup>56</sup>.

L’art. 2 rappresenterebbe, quindi, la garanzia costituzionale di questi diritti inespressi ma comunque inviolabili; tuttavia, affinché non diventi “un involucro disponibile ad ogni contenuto”, occorrerebbe delimitare la cornice entro cui ammettere l’esistenza di tali diritti. La disposizione richiamata rappresenterebbe perciò una clausola aperta, ma assiologicamente delimitata.

Detta clausola, tuttavia, opererebbe verso una duplice direzione, e cioè tanto nei confronti dei c.d. “diritti impliciti”, quanto nei confronti dei c.d. “nuovi diritti”; in entrambi i casi l’effettività dei diritti sarebbe vincolata al quadro culturale di riferimento espresso originariamente dal Costituente<sup>57</sup>. L’art. 2 Cost. rappresenterebbe, pertanto, la fonte di legittimazione di tali diritti fondamentali che, benché abbiano origine al di fuori del testo costituzionale, attraverso siffatta disposizione, troverebbero tutela giuridica, ovvero si diverrebbero diritti in senso giuridico oltre che ontologico<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 91. L’Autore parla della “forza espansiva che le libertà, divenute dei valori laddove erano puntuali schemi soggettivi, acquisteranno”.

<sup>56</sup> Si veda SPADARO A., *Il problema del fondamento dei diritti “fondamentali”*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 1990, Milano 1995, pp. 235 ss.

<sup>57</sup> Cfr. *Ibidem*, in cui l’Autore afferma: “finché faremo i conti con l’attuale testo positivo non potremo stravolgerlo a piacimento, o adattarlo alle mutate esigenze dei tempi fino a sottrarlo a un sotterraneo svuotamento di senso”.

<sup>58</sup> Cfr. *Ibidem*. Spadaro, in questo modo, vena la sua posizione in senso giusnaturalista e, criticamente verso la tesi della fattispecie chiusa afferma: «quella dottrina che riconduce ogni ‘nuovo diritto’ agli art. 13 ss. Cost., spesso ricomprende tra i diritti espressamente enunciati tali e tante situazioni giuridiche soggettive che a malapena possono essere definite attive alterando in tal modo i valori effettivamente protetti dalla costituzione».

Rispetto alla prospettiva “espansiva” appena delineata, appare più “limitativa”, invece, la posizione di coloro che, pur ritenendo che i diritti costituiscano dei valori<sup>59</sup>, riconducono la determinazione delle fattispecie a una sorta di combinato disposto tra le singole disposizioni sui diritti e l’art. 2 Cost., sul presupposto che in quest’ultima disposizione sia consacrata la vera e primigenia norma sul libero sviluppo della persona umana. Il valore di fondo che si tutelerebbe attraverso questa norma sarebbe, perciò, il libero sviluppo della personalità<sup>60</sup>.

Ne consegue l’inaccettabilità dell’art. 2 come fattispecie *chiusa* in quanto «la tipizzazione-enumerazione costituzionale dei diritti è sufficiente a ricoprire potenzialmente tutte le direzioni o aree di libertà praticamente possibili», mentre «l’art. 2 come generale statuizione sul riconoscimento-garanzia dei diritti inviolabili, [...] può significare [...] che la libertà come valore non può essere circoscritta a previsioni determinate e specifiche delle esplicazioni e direzioni in cui esso si realizza»<sup>61</sup> e che, perciò, «il riconoscimento-garanzia globale dell’art. 2» avrebbe «per oggetto precisamente i diritti enucleabili dal contesto della Costituzione positiva»<sup>62</sup>.

In conclusione del dibattito sui diritti inviolabili, che li situerebbe tra i principi supremi dell’ordinamento costituzionale, è che l’assunzione della posizione, in relazione al sistema dei diritti come chiuso o aperto, dipende dal modo di intendere la Costituzione medesima: se come atto normativo, avente, perciò, carattere valutativo e prescrittivo; oppure, come espressione (sia pure ricognitiva) di valori (pregiuridici) da dovere tradurre, di volta in volta, in prescrizioni di carattere giuridico<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Si vada MODUGNO F., *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, pp. 3 ss., per il quale «in realtà quello che sembra sfuggire alla concezione della ‘fattispecie chiusa’ è che i diritti inviolabili, prima ancora di essere situazioni giuridiche soggettive, sono valori - tale a me sembra il seno specifico dell’art. 2 Cost. - e che nella logica dei valori - che non è la logica del tutto o niente, del sì o del no - essi tendono alla relativizzazione reciproca, al bilanciamento e alla composizione, secondo le regole della fondazione, dell’opposizione e della complementarità».

<sup>60</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 8.

<sup>61</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 8.

<sup>62</sup> Per il vero la posizione di MODUGNO in *Ibidem*, p. 8, non è univoca. Infatti, al contempo, afferma che la Costituzione italiana, contenendo una ricca sistemica dei diritti, non favorirebbe l’emersione di *diritti nuovi* non ricompresi già tra quelli enumerati, ma consentirebbe l’individuazione di *diritti impliciti*, come necessarie o possibile conseguenze dei diritti enumerati (“Assumo che il catalogo costituzionale positivo, nella parte relativa alle libertà, se correttamente inteso, è onnicomprensivo” [p. 9]), il quale per quest’aspetto esprime la stessa posizione già espressa nella dottrina italiana da BARILE P., *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., pp. 55 ss..

<sup>63</sup> MANGIAMELI S., *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista «giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2007.

Questo rilievo sulla determinazione della “norma costituzionale”, peraltro, non è senza effetti in ordine alla valutazione stessa dell’attività del giudice costituzionale, soprattutto nei casi in cui questa ha dato luogo sulle medesime figure a cambiamenti giurisprudenziali. Se è vero, infatti, che ogni tesi della dottrina trova il suo banco di prova nel concreto svolgersi dell’interpretazione giudiziale<sup>64</sup>, è altrettanto chiaro che la differenza tra coloro che vedono nell’art. 2 una fattispecie chiusa e coloro che la considerano una fattispecie aperta si situa, non solo nella circostanza che i primi ritengono essenziale una interpretazione secondo i canoni classici dell’ermeneutica giuridica, e specificamente in base al principio di specialità<sup>65</sup>, mentre i secondi tendono ad aprire ad una interpretazione dei diritti fondamentali in termini di “valori”, anziché di “diritto soggettivo”<sup>66</sup>, quanto soprattutto nel modo di considerare la stessa azione di concretizzazione della Costituzione compiuta dal giudice costituzionale.

La diversa impostazione seguita, peraltro, non implicherebbe semplicemente di prendere atto del diverso modo di operare del giudice, per gli uni la riconduzione delle fattispecie, in via estensiva, alle singole disposizioni sui diritti<sup>67</sup>, per gli altri il dare ingresso, attraverso l’art. 2 Cost., ai valori da cui si desumerebbero i diritti non espressamente contemplati<sup>68</sup>, ma di considerare, o meno, la possibilità di mettere in relazione il pronunciamento giurisprudenziale alla stessa norma costituzionale, per cui la stessa sentenza della Corte costituzionale, oltre a essere la decisione che chiude

---

<sup>64</sup> In tal senso, è agevole convenire con BARBERA A., (*Commento all’ Art. 2 della Costituzione*, op. cit., il quale ritiene che, in definitiva, il problema dei diritti fondamentali «investe in primo luogo il ruolo stesso del giudice di costituzionalità»; infatti, il problema diventerebbe quello «dei soggetti cui verrebbe affidato il compito di interpretare, e quindi maneggiare, dette clausole generali di libertà, il compito in pratica di operare quali produttori del diritto delle libertà».

<sup>65</sup> Sul tema si veda GROSSI P., *Diritti fondamentali e Diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, op. cit., p. 4.

<sup>66</sup> Per cui configurerebbero l’art. 2 come una *clausola generale* dagli incerti contorni. Non a caso è stato osservato che, in questo modo, “i diritti costituzionalmente previsti incorrono in una serie di limiti, mentre questi presunti nuovi diritti non essendo espressamente positivizzati, avrebbero un regime privilegiato” (CARETTI P., *I diritti fondamentali*, op. cit., p. 139) e di conseguenza che, quando si enucleano nuovi diritti, “non si medita a sufficienza sul fatto che all’affermazione di un ‘diritto’ spesso consegue automaticamente l’imposizione di un corrispondente ‘obbligo’ a carico di un altro soggetto privato, titolare anch’egli di diritti costituzionali” (PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, op. cit., pp. 26-27).

<sup>67</sup> In quanto l’art. 2 Cost. consentirebbe la più ampia interpretazione e permetterebbe la lettura estensiva degli articoli 13 ss. Cost., per cui i nuovi, ulteriori diritti emergenti possono considerarsi una specificazione di quelli enumerati; si parlerebbe, a tal proposito, di “*Giuspositivismo temperato*” (RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I Diritti costituzionali*, R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), I, Torino 2001, p. 54.

<sup>68</sup> Si veda BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992; ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino 1992; MODUGNO F., *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit.; MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996.

il caso, appare valutabile in termini giuridici. Infatti, il limite ultimo della tesi dell'art. 2 come fattispecie aperta è che conduce a decisioni in cui l'aspetto fattuale (e politico) finisce con l'essere prevalente rispetto alla norma costituzionale e in una tale situazione non tranquillizza affatto, ai fini dell'effettiva tutela dei diritti previsti dalla Costituzione, l'affermazione che l'art. 2 Cost. farebbe fronte alle domande di libertà espresse dalla società, la quale farebbe affidamento sul ruolo del giudice costituzionale come «interprete chiamato a dar voce alla coscienza sociale»<sup>69</sup>.

### **I.3 L'effettività dei diritti costituzionali ed il rapporto tra i principi di libertà ed uguaglianza**

Oltre al suesposto principio della intangibilità della dignità dell'uomo, altro tratto comune alle costituzioni europee del secondo dopoguerra è l'attenzione al profilo della "effettività" dei diritti costituzionali.

L'impegno a rimuovere le disuguaglianze di fatto e le condizioni di subalternità sociale, nonché ad arginare la formazione di "poteri privati" è un tratto qualificante della forma di Stato di democrazia pluralistica, che appunto nell'obiettivo di compensazione delle disuguaglianze sul terreno economico-sociale, ripone il punto di equilibrio fra libertà e integrazione, fra conflitto e consenso. Anche ciò affonda le radici nella cultura politica fra le due guerre, e si connette alla rivendicazione della "libertà dal bisogno", come condizione che rende possibile l'accesso ad uguali chance di libertà e l'effettivo godimento dei diritti da parte del singolo. Tale obiettivo fu posto a fondamento della politica del *New Deal*, intrapresa negli anni Trenta dal presidente statunitense Roosevelt, e ricevette poi ampio risalto (oltre che nel preambolo della Costituzione della Repubblica francese) nella "Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo" del 1948 (artt. 22 ss.).

Alla necessità di promuovere l'effettivo godimento dei diritti, le costituzioni hanno fatto fronte generalmente attraverso la previsione di obblighi positivi dei poteri pubblici, ma con modalità e secondo approcci differenti. Quanto al primo profilo, corre l'obbligo osservare che la garanzia della effettività dei diritti richiede, da un lato, che, rispetto ai tradizionali diritti di libertà (ad es., la libertà di manifestazione del

---

<sup>69</sup> RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, op. cit., p. 55.

pensiero), dai poteri pubblici vengano attivati, oltre che misure di protezione, “compiti di regolazione”, finalizzati a garantire una effettiva condizione di parità nell’accesso a determinati spazi di libertà; dall’altro, esige la realizzazione di condizioni di base (in campo economico, culturale, occupazionale), che rendono possibile la diffusione delle *chance* di libertà.

La Costituzione italiana ha scelto la via della traduzione dei compiti pubblici di prestazione in “diritti sociali”<sup>70</sup>, che, pur rinviando ad attività positive dello Stato e dei poteri pubblici in determinati settori (lavoro, salute, assistenza, istruzione), qualificano vere e proprie situazioni soggettive, da cui i corrispondenti compiti pubblici rampollano.

L’impegno dei poteri pubblici alla rimozione degli squilibri e delle diseguaglianze di fatto, che ha trovato esplicito riconoscimento nell’art. 3, comma 2, della Costituzione italiana, costituisce il corollario del principio della effettività dei diritti. Pertanto, la protezione di spazi di libertà e la garanzia dell’eguaglianza interferiscono più strettamente che in passato. Mentre la concezione “negativa” dei diritti comporta il rischio della stabilizzazione dello *status quo* all’interno della società, la spinta ad assicurare l’effettività dei diritti richiede risposte a domande attive di libertà, che sono istanze di liberazione dai fattori condizionanti che ostacolano la realizzazione della personalità. Ciò ha determinato l’incremento della diffusione delle *chances* di realizzazione di identità molteplici e della possibilità dell’effettivo esercizio dei diritti.

La prospettiva indicata, che le costituzioni del XX secolo hanno sperimentato sul terreno della libertà dal bisogno, e con riferimento quindi alle diseguaglianze di natura economico-sociale, si rivela peraltro ancora ricca di suggestioni in un’epoca in cui la domanda attiva di libertà ha investito la sfera del rispetto della identità e della dignità delle persone a fronte delle nuove forme di emarginazione, di subalternità e di omologazione. Ciò ha portato un recente indirizzo di pensiero alla rivisitazione del rapporto fra libertà ed eguaglianza. Poiché, invero, nel principio di eguaglianza confluiscono le istanze della salvaguardia di identità molteplici e della parità nell’accesso agli spazi di libertà, ad esso non si adatterebbe più lo schema universalistico ereditato dalla tradizione rivoluzionaria in Francia. Dovrebbe

---

<sup>70</sup> Si veda *infra*, cap. II, par. I.4.

preferirsi invece un differente approccio ricostruttivo, fondato su un inedito intreccio fra diversità (di identità, di sesso, di culture, di stili di vita, ecc.: *Vielfalt*) e solidarietà<sup>71</sup>. Passando ora in rassegna rapidamente le principali implicazioni del principio della effettività dei diritti, si segnala anzitutto la efficacia dei diritti costituzionali nei rapporti fra privati<sup>72</sup> (la c.d. *Drittwirkung der Grundrechte*, secondo la espressione in uso nella dottrina tedesca, cui se ne deve la ricostruzione dogmatica più elaborata). Nella dottrina italiana, questa dilatazione del raggio di azione dei diritti costituzionali è stata fatta discendere precisamente da una lettura combinata degli artt. 2 e 3, comma 2, Cost., la quale si irradierebbe poi sull'interpretazione di singoli disposti costituzionali, nel senso di assicurare il godimento dei diritti anche nei confronti di intromissioni o di lesioni provenienti dai soggetti privati<sup>73</sup>. Il riconoscimento dell'efficacia dei diritti costituzionali nei rapporti fra i privati deriva non soltanto dal superamento di una condizione di indifferenza delle Costituzioni rispetto alla rete di rapporti della società civile, ma soprattutto dall'assunzione in Costituzione di finalità di riequilibrio nei rapporti interni alla società civile, di protezione dei soggetti più deboli e di contenimento dei "poteri" privati. L'efficacia orizzontale ha dunque ampliato il raggio di azione dei diritti costituzionali non soltanto nel senso di una promozione dei diritti indirizzata alla rimozione degli squilibri, ma perché ha esteso lo stesso profilo difensivo della garanzia dei diritti anche rispetto alla protezione del privato nei confronti di posizioni egemoni di altri soggetti privati (ad es., nei rapporti fra lavoratore e datore di lavoro, fra giornalista e impresa giornalistica, fra privati che concorrono nel settore dell'informazione, fra i diversi soggetti della competizione e della comunicazione politica, fra il singolo associato e l'associazione).

#### **I.4 I diritti sociali come diritti fondamentali**

Come si è già avuto modo di constatare, la Costituzione italiana si caratterizza anche per la presenza di un'ampia gamma di diritti sociali che valgono a caratterizzare il nostro Stato quale "sociale".

I diritti sociali e lo Stato sociale (di cui appunto i primi rappresentano l'espressione

---

<sup>71</sup> Cfr. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, op. cit., pp. 23 ss..

<sup>72</sup> C. cost., sentt. nn. 559/1987, 122/1970.

<sup>73</sup> CRISAFULLI V., *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. lav.*, 1954, pp. 73 ss..

più consolidata<sup>74</sup>) rappresentano «la risposta politico-costituzionale alla crescente ed obiettiva insicurezza sociale, che costituisce il sottoprodotto, a quanto sembra difficilmente eludibile, sia degli squilibri di potere comportati dal libero gioco delle forze sociali e dell'incertezza insita nei meccanismi spontanei del mercato [...], sia dell'instabilità dei valori insita nelle accelerate dinamiche culturali [...] proprie di società, come quelle rette da regimi politici democratici e da sistemi economici capitalistici, che sono caratterizzate da una crescente apertura reciproca (con ampio interscambio di valori etici) e da ritmi di sviluppo delle condizioni di vita straordinariamente veloci»<sup>75</sup>.

Una risposta efficace e puntuale a queste esigenze aveva imposto, quindi, una riconsiderazione della persona ma, soprattutto, una rivalutazione della società in quanto luogo e mezzo attraverso il quale la personalità umana trova realizzazione; in tal senso l'ideale di una società più giusta ed egualitaria divenivano strettamente strumentali alla promozione della persona umana.

Era avvertita pertanto la necessità di un modello sociale nel quale esigenze di libertà e di uguaglianza coesistessero animate entrambe da un obiettivo comune – la dignità umana – su di uno sfondo di solidarietà e di giustizia.

Invero – come precedentemente sottolineato<sup>76</sup> e come ampiamente rilevato in dottrina<sup>77</sup> – la *persona* nel suo patrimonio indefettibile ed irretrattabile costituisce oggi nella nostra Costituzione il soggetto attorno al quale si incentrano diritti e doveri: *non la persona per lo Stato ma lo Stato per la persona*<sup>78</sup>, dal quale deriva in capo ai pubblici poteri, oltre che il dovere di non interferenza nella sfera giuridica degli individui, anche il preciso obbligo di attivarsi per il superamento di quegli ostacoli che di fatto

---

<sup>74</sup> I diritti sociali costituiscono l'espressione più consolidata dello stato sociale: così AMIRANTE C., *Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*, Jovene, Napoli 2000.

<sup>75</sup> Si veda BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, Treccani, 1989, p. 3, il quale definisce i «*diritti sociali assiomi dello Stato sociale*». Per la reciproca implicazione e strumentalità tra forma di stato e tutela dei diritti si veda CARLASSARE L., *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, anno 1995.

<sup>76</sup> Cfr. *supra*, cap. I, par. I.2.

<sup>77</sup> Sul punto BARBERA A., *Art. 2 Cost. cit.*, pp. 50 ss., e DI COSIMO G., *Art. 2 Cost. cit.*, pp. 10 ss. Al riguardo si veda anche BELLOCCI M., PASSAGLIA P., *La dignità dell'uomo quale principio fondamentale*, in *Studi della Corte costituzionale*, 2007, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>78</sup> ONIDA V., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in AMATO G., BARBERA A. (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997, I, p. 100. Del resto il principio personalista caratterizza tutte le disposizioni costituzionali che tutelano una sfera della personalità, fisica e morale. Sul punto CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 137.



si frappongono alla piena uguaglianza tra gli individui<sup>79</sup>.

Infatti, il fondamento dei diritti sociali non è rinvenibile nel solo articolo 3, comma 2, della Costituzione, laddove è solennemente stabilito il «compito della Repubblica [di] rimuovere gli ostacoli di ordine economico – sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», bensì è esteso anche al principio di eguaglianza formale, nonché al principio dei diritti inviolabili della persona umana, cioè al nucleo dei valori costituenti il contenuto della dignità umana.

Tuttavia, corre l'obbligo di evidenziare come l'attuale impostazione per la quale i diritti sociali sono valutati come diritti inviolabili alla stregua di tutti i diritti di libertà, rappresenti il risultato di un'evoluzione che ha visto mutare profondamente nel tempo la condizione giuridica dei diritti sociali stessi: da «interessi costituzionalmente protetti», ovvero «situazioni meramente raccomandate» al legislatore, investito della funzione di renderne attuale la potenziale precettività<sup>80</sup>, a quella attuale di diritti costituzionali fondamentali.

Per comprendere appieno la portata attuale dei diritti sociali, si ritiene utile dare brevemente conto del processo evolutivo che li ha interessati, prendendo le mosse da alcune considerazioni espresse da Ernst Fohrstoff in riferimento al rapporto fra Stato di diritto e stato sociale di diritto in Germania.

L'allievo di Schmitt sostiene che diritti fondamentali e diritti sociali operano su piani differenti: costituzionale, i primi, concorrendo alla determinazione della forma di Stato; amministrativo, i secondi, poiché proprio attraverso «l'amministrazione lo stato sociale ha trovato accesso alla scienza del diritto pubblico»<sup>81</sup>.

Tale assunto incontra, però, lo scoglio rappresentato dalla Costituzione di Weimar, che prevedeva espressamente un sistema di garanzie sociali. L'insigne giurista, dinanzi a siffatta conclusione, avrebbe dovuto negare la natura di Stato di diritto del Reich di Weimar, ovvero riconoscere la compatibilità fra libertà ed eguaglianza a livello

---

<sup>79</sup> BIFULCO D., *L'invulnerabilità dei diritti sociali cit.*, pp. 125 e ss.

<sup>80</sup> Cfr. *infra*, note nn. 85, 86, 87.

<sup>81</sup> FOHRSTOFF E., *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. AMIRANTE, Milano 1973, pp. 37 ss. in cui l'Autore distingue fra costituzione ed amministrazione, evidenziando i tratti salienti della evoluzione di quest'ultima, che da una visione «negativa» è stata tradotta in un ambito di positivo «interventismo». In particolare, sul piano sub-costituzionale dell'amministrazione, lo stato sociale rilevarebbe in termini di «stato fiscale», in tal modo assolvendo alla propria naturale funzione di «*dividere, distribuire ed attribuire*».

costituzionale. Fohrstoff, insieme con Grewe<sup>82</sup>, Klein e Friesenhahn<sup>83</sup>, trova invece una soluzione differente: poiché relegati nel preambolo della Carta fondamentale, i diritti sociali hanno un carattere meramente programmatico; ne consegue che vincolano il legislatore e l'amministrazione a tradurre in norma positiva i principi che se ne possono desumere. «A differenza dei diritti di libertà, i diritti di partecipazione non hanno una dimensione fissa, regolabile a priori. Essi hanno bisogno della graduazione e differenziazione, perché hanno un significato ragionevole solo nei limiti di ciò che, nel caso singolo, è adeguato, necessario e possibile. La determinazione di questi limiti deve essere riservata alla legislazione ed all'amministrazione che esegue la legge. Perciò diritti sociali come il diritto al lavoro, all'assistenza, all'istruzione, alla formazione professionale ed all'insegnamento, alla tutela della famiglia, della maternità e della gioventù non possono essere contenuti in una norma astratta e pronta per l'esecuzione»<sup>84</sup>.

In sostanza, quelli appena delineati costituiscono alcuni fra i più salienti presupposti culturali e giuridici della programmaticità dei diritti sociali<sup>85</sup>, la quale era essenzialmente funzionale a salvaguardare lo stato liberale di diritto, autoritario e fondato sull'eguaglianza formale.

Anche in Italia la dottrina prevalente si è espressa nel senso della natura "oppositiva" dei diritti sociali rispetto allo stato di diritto, fondato sulla libertà.

Conseguentemente, come precedentemente riferito, si è ritenuto<sup>86</sup> che la situazione giuridica derivante da ciascun diritto sociale sarebbe quella di "interesse

---

<sup>82</sup> Il quale afferma che quella di Stato sociale è «una formula in bianco priva di contenuto», dalla quale, aggiunge Fohrstoff, non è possibile trarre conseguenze giuridiche. Si veda *Ibidem*, p. 51.

<sup>83</sup> Citati in FOHRSTOFF, *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>85</sup> Corre l'obbligo, tuttavia, di evidenziare come tale tesi non era (e non è) universalmente condivisa. HABERMAS J., *Morale, diritto, politica*, Torino 1992, p. 90, contro la degenerazione dello Stato sociale in stato amministrativo proposta da Fohrstoff critica «i tentativi di recupero interno del dualismo politico-giuridico, che si basano sulla separazione tra diritti fondamentali e diritti sociali, sulla subordinazione dello Stato sociale allo Stato di diritto e sulla difesa dello status quo», ritenendo che il primo altro non sia se non l'evoluzione giuridica del secondo, dunque una vera e propria forma di Stato. Che la garanzia dello Stato sociale sia funzionale al miglioramento «del destino materiale degli individui», i quali «devono essere messi in grado di esercitare effettivamente i diritti di libertà», è altresì opinione di HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, a cura di RIDOLA P., Roma 1993, p. 149 ss. L'Autore, infatti, ritiene che se si introduce nello Stato di diritto la «clausola dello Stato sociale, ciò avviene con l'obiettivo di garantire il significato istituzionale delle libertà».

<sup>86</sup> CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, p. 75 ss. e MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, p. 1138. In Crisafulli, per altro, è ravvisabile un tentativo di non svilire i diritti sociali in termini assoluti, considerandoli mere proclamazioni di principio. La soluzione cui l'Autore giunge, però, non può considerarsi soddisfacente, poiché consiste

costituzionalmente protetto”, non già di diritto soggettivo; altri<sup>87</sup> hanno parlato di «situazioni meramente raccomandate» al legislatore, investito della funzione di renderne attuale la potenziale precettività<sup>88</sup>.

In ordine al dedotto contrasto eguaglianza-libertà, posto a fondamento delle ricostruzioni sopra illustrate, appare illuminante la posizione di M.S. Giannini<sup>89</sup>, il quale contesta che «[...] tutte quelle tesi le quali presentano lo Stato sociale come una integrazione dello Stato di diritto, sia nel senso che esso costituirebbe un completamento di una esperienza che, aperta con lo Stato di diritto, sarebbe rimasta incompiuta e raggiungerebbe, invece, compiutezza con lo Stato sociale, sia nel senso che esso costituirebbe una esperienza nuova rispetto a quella dello Stato di diritto, ma le due esperienze insieme invererebbero una figura superiore, più progredita, brevemente la figura più perfetta di Stato del nostro tempo. [...]». Entrambe tali tesi sarebbero, infatti, «fondate sulla confusione fra Stato di diritto e Stato liberale, nel senso più in particolare, di Stato monoclasse, anche nella sua specie di Stato ad organizzazione pluralistica; assumendo come termine di riferimento lo Stato monoclasse, lo Stato pluriclasse ad organizzazione pluralistica che costituisce il modello dei paesi oggi più significativi dal punto di vista costituzionale, si presenta come una esperienza [...] enormemente più ricca di caratteristiche strutturali e funzionali. Quello che non è accettabile è dire il primo Stato di diritto, il secondo Stato sociale, perché con queste espressioni si immiserisce tutto: come si è visto, lo

---

nella equiparazione di queste situazioni giuridiche soggettive agli interessi legittimi, pur se nel riconoscimento della loro valenza quale parametro nei giudizi di legittimità costituzionale.

<sup>87</sup> LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino 1985, pp. 390 ss.; BISCARETTI DI RUFFIA P., *Diritto costituzionale*, Napoli 1989, pp. 872 ss.

<sup>88</sup> Di particolare interesse l'analisi svolta da CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1975, pp. 755 ss. A giudizio dell'Autore, «Nella costruzione tradizionale dei diritti sociali, destinatario immediato è lo Stato, e in prima linea lo Stato-legislatore. Di conseguenza, la prestazione amministrativa del servizio [...] richiede un momento preliminare di organizzazione del servizio, corrispondente ad una determinazione legislativa: in rapporto a questo momento organizzativo (e pregiudizialmente legislativo) il privato non dispone di un diritto o di altra situazione giuridica tutelabile». La conseguenza giuridica è che «La tutela dei diritti sociali che si concretano in pretese a prestazioni dei pubblici poteri ed ai quali viene negata consistenza di diritti soggettivi è, quindi, affidata al giudice amministrativo. In relazione alla struttura del giudizio, la domanda non ha per oggetto la prestazione negata [...] ma l'annullamento dell'atto di diniego». Le difficoltà implicate da un approccio di questo genere sono bene evidenziate da BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, op. cit., p. 5: in primo luogo si determina uno svilimento dei diritti sociali ad interessi legittimi, ricostruendo - ciò che appare inammissibile allo stesso Baldassarre - il rapporto fra costituzione e legislatore alla stregua di quello esistente fra quest'ultimo e l'amministrazione. Inoltre, non si tiene conto del principio di libertà del legislatore, il quale può discrezionalmente valutare le situazioni concrete al fine di stabilire se e come realizzare il proprio intervento, senza alcuna possibilità di coazione.

<sup>89</sup> GIANNINI M.S. *Stato sociale: nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, Giuffrè, 1977, p. 5.

Stato monoclasse non si individua solo per l'essere di diritto, ma richiede molte altre connotazioni; ancor più ciò vale per lo Stato pluriclasse». In sostanza, l'Autore sembra voler sostenere come il principio di eguaglianza sostanziale – se era in contrasto con la natura liberale ed autoritaria di uno stato di diritto fondato sull'eguaglianza formale – risulti pienamente coerente con uno Stato di diritto, che su di essa viene di fatto a fondarsi.

Larga parte della dottrina italiana si colloca, ormai, nell'ottica appena descritta, ritenendo che «Da tempo si è rilevato come le libertà tradizionali, volte a creare spazi intangibili di autonomia privata o di poteri politici, si rivelino, da sole, insufficienti a garantire la piena realizzazione della persona umana, mentre in molti casi risultano evidenti le connessioni fra i diritti di libertà intesi in senso tradizionale [...] e i diritti sociali. [...] i diritti sociali mirano a creare le condizioni effettive per realizzare l'eguale libertà dei cittadini»<sup>90</sup>.

In tal senso si esprime anche Mazziotti<sup>91</sup>, il quale pur affermando che «i diritti sociali si distinguono nettamente dai tradizionali diritti di libertà, perché mentre questi mirano a determinare una sfera entro cui l'individuo deve poter operare liberamente, quelli mirano invece ad ottenere l'intervento dell'autorità pubblica per soddisfare a talune esigenze essenziali dei cittadini», dunque riconoscendo che i diritti sociali sono fondati sull'eguaglianza, mentre quelli di libertà sulla libertà medesima, osserva che non esiste contrasto alcuno fra eguaglianza e libertà, nelle moderne Carte costituzionali.

Ne consegue che «fra le due categorie di diritti esiste [...] un'implicazione reciproca: la garanzia dei diritti di libertà è condizione perché le prestazioni sociali dello Stato possano essere oggetto di diritti individuali; la garanzia dei diritti sociali è condizione per il buon funzionamento della democrazia, quindi per un effettivo godimento delle libertà civili e politiche»<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Tra i tanti si vedano CHELI E., *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano 1995, p. 1774. Nel medesimo senso, ivi citati, BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 14; PALADIN L., *Diritto costituzionale*, cit., 659; MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, Milano 1964, XII, p. 805; BALDASSARE A., *Diritti sociali*, op. cit., p. 12.

<sup>91</sup> Cfr. MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XII, 1964.

<sup>92</sup> Appare rilevante, a tale proposito, l'interrogativo posto da MARTINES T., *Introduzione al diritto costituzionale*, Torino 1994, p. 51: «cosa importa al cittadino barbone che dorme sotto un ponte o su un marciapiede sapere di essere titolare dei diritti di libertà che la Costituzione gli attribuisce e gli garantisce? Cosa gli importa dell'eguaglianza formale o di quella sostanziale, la quale, benché proclamata in modo solenne, non lo raggiunge. E cosa ne è della sua dignità?».

Sul piano dei principi, pertanto, potrebbe sostenersi l'impossibilità di riproporre la contrapposizione eguaglianza-libertà caratteristica dei sistemi liberali. La prima, infatti, attraverso il riferimento al concetto di dignità dell'uomo, è divenuta complementare rispetto alla seconda<sup>93</sup>; inoltre, quando si consideri non l'individuo in astratto, ma l'*homme situé*<sup>94</sup>, l'eguaglianza «consente il concreto ed effettivo godimento [...] delle libertà costituzionali»<sup>95</sup>.

A questo punto s'impongono, però, almeno due considerazioni.

In primo luogo, affermare la compatibilità dei diritti sociali e dei diritti di libertà nello Stato di diritto e cercare di valutare la immediata precettività dei primi alla luce dell'analisi storica e culturale che si è avuto modo di condurre, non significa certo sostenere la coincidenza strutturale fra le due categorie. Sotto il profilo strutturale, infatti, è innegabile che i primi, ai fini dell'esercizio da parte del titolare, necessitano di un intervento esterno - tanto che si definiscono «diritti a prestazioni positive da parte dello Stato o di enti pubblici»<sup>96</sup> - che di contro i secondi, specie se consistono in attività materiali (il parlare, il muoversi e via dicendo), non richiedono.

In secondo luogo, sostenere una "compatibilità" fra diritti di libertà e diritti sociali ha il preciso significato storico e giuridico di formalizzare un processo evolutivo in ragione del quale le situazioni giuridiche soggettive di natura attuativa del principio di eguaglianza - che siano state oggetto di un espresso riconoscimento nella Costituzione del 1948 - non possono più essere relegate nell'ambito del pregiudicato o, comunque, in un sistema di rango subordinato a quello costituzionale, ossia sul piano meramente legislativo o, addirittura, amministrativo e fiscale.

I diritti sociali sono diritti costituzionali, poiché in costituzione formalizzati ed espressi. Ciò induce alcune precise conseguenze giuridiche, sia quanto alla loro valenza quale parametro nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi o degli atti aventi forza di legge, sia quanto alla impossibilità di risolvere eventuali conflitti con

---

<sup>93</sup> In questo senso l'Autore richiama l'immagine, proposta dall'on. Moro durante i lavori dell'Assemblea costituente, della «piramide rovesciata», alla cui base veniva a porsi la persona umana. Ora, se si supera la già evidenziata ambiguità del riferimento alla persona umana, concetto giuridicamente indefinito, è agevole individuare nel valore di una eguaglianza dignitosa o di una dignità eguale il fondamento sia dei diritti sociali che dei diritti di libertà. Per una valutazione del pensiero dell'on. Moro cfr. *I precedenti storici della Costituzione*, a cura del COMITATO PER LA CELEBRAZIONE DEL PRIMO DECENNALE DELLA PROMULGAZIONE DELLA COSTITUZIONE, Milano 1958, pp. 138 ss..

<sup>94</sup> Secondo la nota definizione di BURDEAU G., *Traité de science politique*, Paris 1956, VI, pp. 361 e 374.

<sup>95</sup> LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.* 1980, p. 772

<sup>96</sup> PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, op. cit., p. 59.

altre disposizioni costituzionali in ragione del principio gerarchico, ossia deducendone una diversamente inesistente natura subordinata.

Infine, proprio in virtù della dimostrata natura inviolabile dei diritti sociali, deve accennarsi come il bilanciamento tra questi diritti e le ragioni della finanza pubblica sia stato da sempre ritenuto un bilanciamento tra “inequali”<sup>97</sup>. Se infatti è vero che il grado di attuazione dei diritti di prestazione è destinato a mutare nel tempo in ragione delle finanze pubbliche disponibili, è anche vero che le eventuali restrizioni nel godimento di tali diritti hanno esclusivamente a che fare con la regolazione dei mezzi e non, ovviamente, con il contenuto del diritto costituzionale<sup>98</sup>.

### **I.5 La multidimensionalità e l'invulnerabilità dei diritti fondamentali**

Nelle democrazie pluralistiche si profila, come si è delineato, una molteplicità di “dimensioni” dei diritti costituzionali. Essa è lo specchio della dilatazione del loro raggio di azione, indica, per così dire, le direttrici orientative di ciascun diritto, ed è perfettamente speculare agli assetti costituzionali della “società aperta”, che sono essi stessi pluridimensionali, poiché in essi devono armonizzarsi principi ed orientamenti differenti e talora confliggenti. In questo quadro, la componente “difensiva” dei diritti (quella degli *Abwehrrechte* nella dottrina tedesca dei diritti fondamentali), che definisce spazi di libertà protetti da interferenze e da aggressioni esterne, resta un aspetto prioritario, in quanto essa, indipendentemente dalla sua derivazione storica dalla teoria liberale della società, corrisponde a un nucleo indefettibile della posizione giuridica del soggetto, che è fattore primario del libero sviluppo della persona nella varietà delle sue espressioni.

---

<sup>97</sup> L'espressione è di LUCIANI M., *Sui diritti sociali cit.*, p. 100, il quale ritiene che non si tratti di un vero e proprio bilanciamento (che è sempre fra eguali), perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l'efficienza economica).

<sup>98</sup> In proposito si veda BIN R., *Diritti e argomenti*, op. cit., p. 109, il quale rileva come, sebbene la Corte costituzionale abbia in più occasioni affermato che il diritto alle prestazioni sociali e l'interesse al bilancio siano esigenze parimenti apprezzabili (sent. 101/1987, 77/1988), tale affermazione debba riferirsi alla regolazione dei mezzi e non abbia a che fare con una concorrenza nel contenuto dei diritti. L'Autore precisa quindi che gradualità delle prestazioni e esigenze di bilancio non possono dunque considerarsi test di giudizio, ma tutto all'opposto, valgano come giustificazioni delle scelte discrezionali del legislatore, richiamate dalla Corte costituzionale per chiudere il giudizio, ma pur sempre sottoposte al test di ragionevolezza. Sul punto anche D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale*, op. cit., p. 31, e CARLASSARE L., *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, 1995, p. 35.

Della dimensione individuale, tuttavia, il profilo dell'assenza di impedimenti o di costrizioni, costituisce solo un aspetto, poiché l'idea di libertà di derivazione liberale poggia anzitutto sul presupposto dell'autonomia morale e della capacità di autoregolazione. Tale dimensione, benché funzionale alle istanze del liberismo economico e sviluppatasi entro l'orizzonte della società borghese, offre peraltro un esempio paradigmatico di quel fenomeno di neutralizzazione, cui sono andati soggetti molti principi del costituzionalismo liberale: i principi liberali della libera competizione e del libero sviluppo delle energie che si sprigionano dalla società, recuperati in tale ottica non più circoscritti alla sfera dei rapporti economici, costituirebbero pertanto un nucleo indefettibile delle esperienze costituzionali del pluralismo, e ad un tempo base del riconoscimento costituzionale di identità diverse ed argine ai rischi della omologazione sociale.

È stata individuata quindi una dimensione "istituzionale" o "ordinamentale", che configura i diritti costituzionali altresì come elementi costitutivi dell'ordinamento costituzionale complessivo<sup>99</sup>. I sostenitori di questa linea interpretativa muovono dalla premessa che la libertà individuale richiede un contesto ordinamentale delle condizioni di vita.

A questa prospettiva teorica è stata da più parti mossa la critica di condurre ad offuscare la centralità della dimensione individuale dei diritti<sup>100</sup>. Essa condurrebbe invero a identificare l'esercizio dei diritti con l'assolvimento di compiti nella dimensione ordinata del sociale, e il contenuto dei diritti nei complessi normativi che li plasmano, con la ulteriore conseguenza che, se questi sono di fonte legislativa, rischierebbero di assurgere questi stessi a metro di interpretazione delle norme costituzionali.

Tale approccio darebbe avallo, infine, alla copertura costituzionale della condizione di privilegio di fatto riconosciuta a determinati istituti o fenomeni sociali (ad esempio, alle cosiddette garanzie di istituto elaborate dalla dottrina *weimariana*: proprietà, famiglia, diritto successorio, ecc.).

Ben al di là del suo radicamento nella letteratura e nella giurisprudenza tedesche, ove esso è stato elaborato, l'aspetto istituzionale dei diritti è divenuto una formula riassuntiva, per esprimere la funzione sistemica dei diritti fondamentali e

---

<sup>99</sup> HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit., pp. 115 ss..

<sup>100</sup> Cfr. BÖCKENFÖRDE E.W., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, op. cit., pp. 124 ss..

l'ampliamento del raggio di azione di questi al di là dello schema tradizionale del rapporto fra individuo e poteri pubblici.

Alla dimensione istituzionale dei diritti fondamentali va ricondotta anche la loro funzione di parametri del controllo di costituzionalità, e inoltre quella di concorrere all'individuazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, sottratti al procedimento di revisione della Costituzione, segnatamente con riferimento a quei diritti, i quali esprimono norme costituzionali di rango più elevato, poiché «appartengono all'essenza dei valori supremi» sui quali poggia l'assetto costituzionale<sup>101</sup>.

Inoltre, con l'affermazione di una dimensione istituzionale dei diritti è intimamente connessa la garanzia della intangibilità del “contenuto essenziale” dei diritti (*Wesensgehaltgarantie*), affermata espressamente in alcune costituzioni (art. 19.II Legge Fondamentale Tedesca, art. 53.I Costituzione Spagnola), ma non in quella italiana. Secondo l'interpretazione prevalente di tale garanzia, essa avrebbe lo scopo di presidiare, di ciascun diritto, niente di più di quel che è già immanente alla totalità dei valori costituzionali, cosicché il fulcro della garanzia dei diritti verrebbe individuato non più in una sfera di libertà intrinsecamente illimitata, ma nel nucleo di valore in cui ciascun diritto «sin da principio» è incastonato<sup>102</sup>.

Nell'ordinamento costituzionale italiano, la discussione si è incentrata essenzialmente sull'estensione e sul significato dell'attributo della “inviolabilità” dei diritti, a questi riferito in generale dall'art. 2 Cost., e in particolare ad altri espressamente richiamati (artt. 13, 14, 15 e 24 Cost.). Quanto al primo profilo, sembra che l'argomento letterale, che finirebbe per circoscrivere la qualificazione dell'inviolabilità solo alle espressioni della libertà individuale in senso stretto, trascuri che, nel sistema costituzionale complessivo, queste concorrono a definire l'assetto della forma di Stato insieme ad altre, come le libertà di riunione, di associazione, di manifestazione del pensiero, le espressioni del pluralismo politico, di quello economico-sociale, cui tale attributo non è testualmente riconosciuto. D'altra parte, la soluzione opposta, che estende l'inviolabilità a tutti i diritti costituzionali che caratterizzino la fisionomia della forma di Stato, va incontro all'obiezione di affidare all'interprete il compito di collegare l'inviolabilità ad una “scala di valori”, all'interno della quale i vari diritti

---

<sup>101</sup> C. cost., sent. n. 1146/1988.

<sup>102</sup> Cfr. HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit, pp. 39 ss..



dovrebbero trovare la propria collocazione e il proprio rango, ma nella definizione della quale le opzioni ideologico-culturali dell'interprete avrebbero un peso determinante.

Secondo un indirizzo ricostruttivo intermedio, sebbene il testo dell'art. 2 Cost. rechi tracce di suggestioni giusnaturalistiche diffuse fra i Costituenti, l'inviolabilità dei diritti ha un fondamento costituzionale positivo, sebbene essa richieda di essere interpretata secondo «criteri o schemi di valutazione particolarmente ampi», i quali debbono tener conto che ai complessi equilibri delle costituzioni del pluralismo corrisponde uno «statuto variegato dei diritti inviolabili»<sup>103</sup>.

Quanto poi alle implicazioni della inviolabilità dei diritti, essa comporterebbe in ogni caso, per tutte le situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute, una «garanzia di esistenza», e per altri diritti, i quali risultano indissolubilmente legati al principio del libero sviluppo della personalità, che ha un risalto prioritario negli artt. 2 e 13 Cost., e che è peraltro condizione di operatività degli stessi principi democratico e pluralistico<sup>104</sup>, essa comporterebbe anche una «garanzia di contenuto», la quale si estenderebbe al nucleo o al contenuto essenziale dei diritti, che non potrebbero formare oggetto di revisione ex art. 138 Cost. senza ledere i principi supremi dell'ordinamento costituzionale<sup>105</sup>.

Alla concezione istituzionale dei diritti viene spesso accostata molto la dimensione dei diritti come espressione di «sistemi di valore». Questo approccio interpretativo ha avuto molta fortuna nella giurisprudenza costituzionale tedesca, che a partire dal *Luth-Urteil*, ha elaborato la concezione dei *Grundrechte* come espressione di una *Wertordnung*.

Anche muovendo da questo approccio, i diritti vengono dunque essenzialmente configurati come elementi dell'ordinamento complessivo, dei quali viene peraltro maggiormente accentuato, rispetto alle concezioni istituzionali, il carattere dinamico, in quanto essi sono esposti agli esiti del continuo processo di attualizzazione e di adeguamento dei valori comunitari.

Affine alla concezione istituzionale è ancora l'idea di fondo che i diritti soggiacciono a direttive di orientamento che trascendono la dimensione individuale, in quanto il dinamismo del processo di attualizzazione dei valori fa sì che l'interpretazione dei

---

<sup>103</sup> Cfr. BALDASSARE A., *Diritto della persona e valori costituzionali*, op. cit., pp. 102 ss..

<sup>104</sup> Cfr. PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 1998, pp. 566 ss.

<sup>105</sup> Cfr. BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, pp. 53 ss.

diritti si risolva in un' operazione scientifico-spirituale che deve far salire in superficie il valore racchiuso in ciascun diritto, disvelandolo attraverso la correlazione con la coscienza culturale collettiva che si viene storicamente evolvendo.

L'approccio fondato sulla teoria dei valori può approdare alla relativizzazione del profilo di libertà racchiuso in ciascun diritto, in quanto esso venga finalizzato alla realizzazione di determinati valori e venga funzionalizzato in ragione di uno schema dialettico della conformità/differenza rispetto al sistema dei valori. È allora evidente che solo l'assunzione del presupposto della pluralità e del temperamento dei valori può circoscrivere i rischi della inclusione del principio di libertà in una logica secca di corrispondenza ai valori e della completa prevaricazione di esso ad opera della mutevole coscienza collettiva, e che il richiamo al sistema di valori possa risolversi in pratica nella mera copertura di una sorta di decisionismo dell'interprete e dei giudici.

## **I.6 I diritti fondamentali e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale**

Risulta necessario, infine, prendere in considerazione la posizione che i diritti fondamentali rivestono nel sistema costituzionale, formatasi e consolidatasi per effetto della ricostruzione effettuata dalla Corte costituzionale sui *principi supremi dell'ordinamento costituzionale*.

Tali principi rappresentano di per sé un tema particolarmente complesso nel quale confluiscono una molteplicità di aspetti del diritto costituzionale, reso ancor più ostico dal linguaggio utilizzato dallo stesso Giudice costituzionale, che in alcune pronunce ha parlato, anziché di “principi supremi”, di “valori supremi”, così passando da un ordine normativo ad un ordine assiologico<sup>106</sup>, nonché da quella parte della dottrina, che, nella sua opera di concettualizzazione, ha finito col giustificare il sindacato sulla base dei principi supremi, pur considerando questi non riconducibili all'ordine giuridico<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> In proposito si veda D'ATENA A., *I principi e i valori costituzionali*, in D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001.

<sup>107</sup> Sul punto si veda MODUGNO F., *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO, A.S. AGRO<sup>3</sup>, A. CERRI (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, IV ed., Torino 2002, pp. 292 ss., il quale

Nella sentenza n. 1146 del 1988, la Corte ha affermato che «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» e che «tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»<sup>108</sup>.

L'effetto prodotto dall'individuazione del limite dei «principi supremi» (o almeno del loro contenuto essenziale) consisterebbe nel riconoscimento di «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale», che, per di più, renderebbe possibile un sindacato sulle leggi di revisione costituzionale e sulle altre leggi costituzionali, approvate con il procedimento aggravato dell'art. 138 Cost., da parte della stessa Corte costituzionale, la quale assumerebbe anche il compito, sia di individuare i principi supremi, sia di determinare quale possa essere il loro contenuto essenziale, immodificabile e irriducibile. Altrimenti, «se così non fosse, [...] si perverrebbe – secondo l'assunto della Corte – all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore»<sup>109</sup>.

Tuttavia, tale sentenza non ha fornito indicazioni su quali siano i principi supremi, né sulla loro consistenza o sul loro contenuto essenziale, e non ha neppure previsto un modo per la loro definizione e delimitazione. A tal fine la sentenza n. 1146 deve essere letta ed interpretata «calandola» nel contesto della copiosa giurisprudenza sui diritti fondamentali.

La sentenza n. 1146 richiama espressamente la giurisprudenza dei «principi supremi» o «fondamentali», non con riferimento alle leggi di revisione costituzionale, bensì in relazione a particolari leggi ordinarie rinforzate, in quanto dotate di una specifica

---

afferma: «quando si parla di principi supremi non si parla di norme superiori ad altre, a tutte le altre, ma di entità di per sé irriducibili al normativo, al mondo della norma».

<sup>108</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 1146 del 1988, in *Giur. Cost.* 1988, 5565 ss., in part. 5569; con nota di BARTOLE S., *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. Cost.*, 1988, e in *Le Regioni*, 1990, pp. 774 ss., con nota di DOGLIANI M., *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la "sdrammatizzazione" del diritto costituzionale*, *ivi*.

<sup>109</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 1146 del 1988, *op. cit.*, p. 5569.

copertura costituzionale, quali l'ordine di esecuzione dei Patti del Laterano (art. 7 Cost.)<sup>110</sup> e quello dei trattati comunitari (art. 11 Cost.)<sup>111</sup>, nonché le norme corrispondenti a norme generalmente riconosciute del diritto internazionale prodotte dal rinvio di cui all'art. 10 Cost.<sup>112</sup>, i quali potevano lasciare entrare nell'ordinamento italiano anche disposizioni derogatorie rispetto alle pretese e ai diritti costituzionalmente garantiti, purché fossero stati salvaguardati i principi supremi e i diritti inalienabili della persona umana.

Peraltro, oltre ai principi determinati nelle sentenze sul concordato, sul diritto comunitario e sulle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute<sup>113</sup>, la giurisprudenza della Corte ha individuato dei principi supremi anche relativamente al

---

<sup>110</sup> La sentenza n. 30 del 1971, in *Giur. Cost.* 1971, 150 ss., 153, prevede che se l'art. 7 Cost. "riconosce allo Stato e alla Chiesa cattolica una posizione reciproca di indipendenza e di sovranità", ciò non gli conferirebbe di "avere forza di negare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale dello Stato"; la sentenza n. 12 del 1972, in *Giur. cost.* 1972, 45 ss., 65, con riferimento disciplina dell'esercizio della facoltà di questua, afferma che, se le disposizioni del concordato sono tali da consentire "la derogabilità del principio di eguaglianza", questa troverebbe "un limite inderogabile nel rispetto dei principi supremi dell'ordinamento"; nella sentenza n. 175 del 1973, in *Giur. cost.* 1973, 2321 ss., la problematica del concordato si è riproposta con riguardo alla definizione della "riserva della giurisdizione", come "principio supremo", "che nemmeno una legge avente copertura costituzionale potrebbe superare" (p. 2335) e la Corte, a tal riguardo, per un verso asserisce che "non vi è dubbio che la giurisdizione sia principio caratteristico della sovranità e di questa rappresenti un elemento costitutivo", ma, per l'altro, affermato che "un'inderogabilità assoluta della giurisdizione statale non risulta da espresse norme della Costituzione, né è deducibile, con particolare riguardo alla materia civile, dai principi generali del nostro ordinamento, nel quale ipotesi di deroga sono stabilite da leggi ordinarie (art. 2 cod. proc. civ.)"; mentre, nella sentenza n. 18 del 1982, in *Giur. cost.* 1982, 138 ss., il "diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti – strettamente connesso ed in parte coincidente con il diritto alla tutela giurisdizionale", che troverebbe "la sua base soprattutto nell'art. 24 della Costituzione", veniva ascritto "nel novero dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale", insieme alla "inderogabile tutela dell'ordine pubblico, e cioè delle regole fondamentali poste dalla Costituzione e dalle leggi a base degli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo perenne adeguarsi all'evoluzione della società" e, su queste basi è stata pronunciata l'illegittimità costituzionale della legge di esecuzione del concordato, nella parte in cui le norme di questo non prevedevano che "alla Corte d'appello, all'atto di rendere esecutiva la sentenza del tribunale ecclesiastico, che pronuncia la nullità del matrimonio, spetta accertare che nel procedimento innanzi ai tribunali ecclesiastici sia stato assicurato alle parti il diritto di agire e resistere in giudizio a difesa dei propri diritti, e che la sentenza medesima non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano" (pp. 179-180).

<sup>111</sup> Si veda Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 1973, in *Giur. Cost.* ,1973, pp. 2401 ss. e sentenza n. 170 del 1984, in *Giur. Cost.*, 1984, pp. 1222 ss..

<sup>112</sup> *Cfr.* Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 1979, in *Giur. Cost.*, 1979, pp. 373 ss., in cui si rileva che, «più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, [...] il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione (art. 1, secondo comma e Titolo VI della Costituzione)».

<sup>113</sup> Come il principio della sovranità dello Stato esercitata dal popolo (C. cost. sentenza n. 18 del 1982); il principio della rigidità costituzionale (C. cost. sentenza n. 48 del 1979); il principio dell'ordinamento democratico (C. cost. sentenza n. 30 del 1971); il principio dell'unità della giurisdizione (C. cost. sentenza n. 30 del 1971); il principio dell'ordine pubblico (C. cost. sentenza n. 18 del 1982).

diritto al lavoro<sup>114</sup>, al principio d'eguaglianza<sup>115</sup>, al diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni<sup>116</sup>, al diritto alla salute<sup>117</sup>, nel diritto all'identità personale<sup>118</sup> e a quella sessuale<sup>119</sup>, al diritto alla tutela giurisdizionale<sup>120</sup>, alla protezione della famiglia<sup>121</sup> ed alla tutela dell'ambiente<sup>122</sup>.

Alla luce di quanto esposto appare condivisibile quanto sostenuto da Mazziotti Di Celso, il quale ha evidenziato che: «i diritti inviolabili costituiscono senza dubbio la più ricca costellazione di principi supremi, la cui esistenza possa desumersi dalla giurisprudenza della Corte»<sup>123</sup>.

## **Sezione II. La protezione internazionale dei diritti dell'uomo in Europa: la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte europea dei Diritti dell'Uomo**

### **II.1 Il contesto istituzionale**

La fase moderna, e certamente ancora attuale della protezione internazionale dei diritti dell'uomo, ha inizio con la Dichiarazione universale adottata dalle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

In questo testo trovano ingresso per la prima volta i diritti umani che gli Stati riconoscono come universali e che si impegnano a rispettare di fronte alla comunità internazionale.

Negli anni successivi si sono poi sviluppate una serie di iniziative a livello universale e regionale per fare in modo che la protezione dei diritti umani così proclamati, sia

---

<sup>114</sup> C. cost., sent. n. 108 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, pp. 936 ss..

<sup>115</sup> C. cost., sent. n. 195 del 1972, in *Giur. cost.*, 1972, pp. 2173 ss..

<sup>116</sup> C. cost., sent. n. 366 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 2914 ss..

<sup>117</sup> C. cost., sent. n. 307 e n. 455 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, rispettivamente pp. 1874 ss., e pp. 2732 ss..

<sup>118</sup> C. cost., sent. n. 176 del 1988, in *Giur. cost.*, 1988, pp. 605 ss.

<sup>119</sup> C. cost., sent. n. 161 del 1985, in *Giur. cost.*, 1985, pp. 1173 ss.

<sup>120</sup> C. cost., sent. n. 232 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, pp. 1001 ss.

<sup>121</sup> C. cost., sent. n. 181 del 1976, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 1129 ss.

<sup>122</sup> C. cost., sent. n. 459 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, pp. 2106 ss.

<sup>123</sup> Cfr. MAZZIOTTI DI CELSO M., *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, in *Dir. Soc.*, 1996, p. 310.

pure inizialmente a livello di principi, potesse assumere efficacia giuridica attraverso strumenti internazionali<sup>124</sup>.

L'accennato processo evolutivo si è sviluppato, anzitutto, nel contesto di organizzazioni regionali e, segnatamente, in Europa, ma poi anche negli Stati americani, e da ultimo in quelli dell'Africa, e altresì nell'ambito delle Nazioni Unite. In quest'ultima organizzazione il processo è stato certamente più lento, atteso il numero particolarmente elevato degli Stati membri e le loro inevitabili differenze, ma ha consentito di realizzare strumenti giuridici di applicazione universale.

In ambito regionale, la prima realizzazione si è avuta nel contesto del Consiglio d'Europa già nel 1950, con la firma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo che rappresenta ancor oggi il più efficace strumento internazionale a tutela di tali diritti.

Anche la Convenzione europea, com'è inevitabile, ha subito un processo evolutivo in continuo sviluppo, giacché i Protocolli addizionali alla stessa (il 14° è l'ultimo ad essere entrato in vigore) tendono ad apprestare un'opera adeguatrice del testo alle mutate realtà degli Stati membri o a migliorarne le procedure di controllo.

Anzitutto, una prima considerazione va fatta in relazione allo scenario istituzionale all'interno del quale si colloca la Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo ed opera la Corte in qualità di organo giudiziale di tutela e salvaguardia dei diritti previsti nella Convenzione stessa.

I principi ispiratori del Consiglio d'Europa, lo scopo ed i valori cui si informa l'azione dell'Organizzazione trovano una chiara enunciazione nel Preambolo dello Statuto e nell'articolo 1 dello stesso. In via di prima approssimazione si può affermare che gli Stati membri hanno assegnato al Consiglio d'Europa un duplice compito: da un canto la salvaguardia dei diritti e delle libertà, minacciati da potenziali misure arbitrarie dei pubblici poteri e dall'altro lo sviluppo di tali diritti e libertà mediante appositi testi normativi internazionali vincolanti.

Il preambolo dello Statuto definisce, altresì, i valori sui quali poggia l'Organizzazione: gli Stati membri si dichiarano «irrimovibilmente legati ai valori spirituali e morali, che sono il patrimonio comune dei loro popoli e la vera fonte dei principi di libertà individuale, di libertà politica e di preminenza del diritto, sui quali si fonda ogni

---

<sup>124</sup> Gli strumenti internazionali, infatti, impegnano gli Stati; inoltre, sono spesso accompagnati da un efficace meccanismo di controllo.

democrazia»<sup>125</sup>. L'articolo 1, lettera a) dello Statuto enuncia chiaramente lo scopo del Consiglio d'Europa: «attuare un'unione più stretta fra i suoi membri per tutelare e promuovere gli ideali ed i principi che sono loro comune patrimonio e per favorire il loro progresso economico e sociale». La lettera b) del medesimo articolo stabilisce che gli Stati membri perseguiranno il sopramenzionato obiettivo mediante: «l'attività degli organi del Consiglio con l'esame delle questioni di comune interesse, la conclusione di accordi ed un'azione comune [...] e con la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»<sup>126</sup>.

L'esigenza di garantire il rispetto dei sopraccitati principi trova un puntuale riscontro negli obblighi specifici che incombono agli Stati membri ai sensi dell'articolo 3 dello Statuto e nelle misure sanzionatorie previste all'articolo 8, in caso di mancato adempimento degli obblighi in questione. A termini dell'articolo 3 «ogni membro riconosce il principio della preminenza del Diritto e il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali». Qualora un Stato membro non si conformi alle prescrizioni dell'articolo 3, ai sensi dell'articolo 8 «può essere sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato dal Comitato dei Ministri a recedere alle condizioni di cui all'articolo 7. Il Comitato può risolvere che il Membro, il quale non ottemperi a tale invito, cessi d'appartenere al Consiglio dal giorno stabilito dal Comitato stesso».

Corre l'obbligo di precisare che, a differenza di quanto previsto dai Trattati istitutivi di altre Organizzazioni internazionali (si pensi, a titolo esemplificativo, agli artt. 19 e ss. del Trattato sull'Unione europea), lo Statuto del Consiglio d'Europa non contempla un meccanismo giurisdizionale di soluzione delle controversie legate al corretto adempimento degli obblighi degli Stati, in particolare quelli previsti dalle Convenzioni adottate in seno al Consiglio stesso<sup>127</sup>. Il compito di vigilare sulla corretta applicazione degli obblighi convenzionali è affidato agli strumenti tradizionali previsti

---

<sup>125</sup> Statuto del Consiglio d'Europa, Londra 5 maggio 1949, Traduzione ufficiale della Cancelleria federale Svizzera, reperibile sul sito <http://conventions.co.int/Treaty/ita/Treaties/Html/001.htm>; visitato il 17/02/2008.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> La Repubblica Ceca, nella prima metà degli anni novanta, avanzò l'idea di istituire, in seno al Consiglio d'Europa, un organo giurisdizionale sul modello della Corte di Giustizia delle comunità europee, competente a dirimere le controversie tra gli Stati membri in tema di corretta esecuzione delle Convenzioni promosse dal Consiglio stesso. L'iniziativa ceca non riscosse successo, soprattutto a causa delle posizioni contrarie di alcuni Stati, come il Regno Unito, refrattari al metodo integrazionista. Conseguentemente, dopo alcune anni di vani tentativi di rilancio della proposta in questione, l'idea di costituire un organo giurisdizionale in seno al Consiglio d'Europa fu gettata nel dimenticatoio. Cfr. RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2008, p. 12.

dal diritto internazionale generale, eccezion fatta per i casi di violazioni particolarmente gravi che compromettano i principi del primato del diritto, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In siffatte ipotesi, un ruolo importante è attribuito, come si è detto, al Comitato dei Ministri.

Il Consiglio d'Europa, dunque, alla stregua della maggior parte delle organizzazioni internazionali di tipo classico, a carattere prettamente intergovernativo, possiede una struttura che poggia su due principali organi: il Comitato dei Ministri e l'Assemblea consultiva<sup>128</sup>. Lo Statuto non conferisce la qualifica di organo al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, ad onta dell'evoluzione, avvenuta in via di prassi, delle funzioni di quest'ultimo. Occorre, inoltre, accennare alla prassi, inaugurata a partire dal 1993, dei cosiddetti "Vertici", riunioni di capi di Stato e di governo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, aventi natura squisitamente politica e finalizzate ad orientare l'azione degli organi dell'organizzazione, in primis del Comitato dei Ministri<sup>129</sup>.

Il Comitato dei ministri rappresenta l'istanza decisionale del Consiglio d'Europa ed al contempo costituisce il foro privilegiato del dialogo politico al livello paneuropeo. Secondo le previsioni statutarie, il Comitato è composto dai Ministri degli affari esteri dei Paesi membri, sebbene nella prassi questi ultimi vengano, spesso, sostituiti dai loro delegati, ambasciatori rappresentanti permanenti presso il Consiglio d'Europa. In quanto organo decisionale, in seno al Consiglio vengono discusse questioni di interesse generale che attengono alla cooperazione europea e vengono proposte soluzioni il cui contenuto potrà costituire l'oggetto di una raccomandazione rivolta agli Stati membri ovvero di una convenzione internazionale, strumento giuridicamente vincolante per i Paesi che vi aderiscono. Sempre in tema di procedura di conclusione di accordi internazionali, l'articolo 15. lettera c) dello Statuto stabilisce che: «il Comitato esamina le misure appropriate per realizzare lo scopo del Consiglio

---

<sup>128</sup> Lo Statuto del Consiglio d'Europa definisce agli artt. 22 e ss l'organo deliberativo "Assemblea consultiva", tuttavia nella prassi gli Stati membri hanno da sempre utilizzato l'aggettivo "parlamentare" per qualificare l'organo in questione, reputandolo maggiormente appropriato in ragione della sua composizione. Nel prosieguo della trattazione si adotterà l'espressione Assemblea parlamentare.

<sup>129</sup> Ad oggi sono stati tenuti tre importanti Vertici del Consiglio d'Europa: Vienna, 8-9 ottobre 1993; Strasburgo, 10-11 ottobre 1997; Varsavia, 16-17 maggio 2005. Per maggiori informazioni sul contenuto dei Vertici in questione, si consulti il sito: [http://www.coe.int/t/dcr/summit/default\\_IT.asp](http://www.coe.int/t/dcr/summit/default_IT.asp); visitato il 19/02/2008.



d'Europa, compresa la conclusione di accordi internazionali»<sup>130</sup>. In genere si può affermare che il testo di una Convenzione diviene definitivo allorquando esso è adottato dal Comitato dei ministri. Spetta, inoltre, al Comitato decidere in merito all'adesione ed all'esclusione di Stati membri al/dal Consiglio d'Europa<sup>131</sup>. Al Comitato dei Ministri è, inoltre, attribuita un'importante funzione di monitoraggio, che espleta di concerto con l'Assemblea parlamentare, sul rispetto, da parte degli Stati membri, dei valori fondamentali che stanno alla base del Consiglio d'Europa<sup>132</sup>. In tale contesto si inserisce la recente pratica dei "suivi": si tratta di un controllo sui "seguiti" dati dagli Stati agli impegni assunti in sede di Consiglio su varie tematiche ogni Stato è tenuto a dare conto, periodicamente, al Comitato delle misure adottate a livello nazionale per eseguire gli obblighi assunti in determinati settori<sup>133</sup>. Al di fuori del perimetro istituzionale del Consiglio d'Europa, il Comitato assolve a rilevanti funzioni nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>134</sup>.

Il peso degli esecutivi nazionali, di cui il Comitato dei ministri è espressione, risulta bilanciato dall'Assemblea parlamentare, istanza rappresentativa della «coscienza democratica dei popoli che compongono il nostro continente»<sup>135</sup>. Composta dalle delegazioni della maggior parte dei Parlamenti della Grande Europa, l'Assemblea svolge un ruolo politico di primo piano in materia di sensibilizzazione alla protezione dei diritti dell'uomo e di elaborazione di nuovi strumenti giuridici destinati ad ampliare le garanzie o a migliorare le procedure di controllo. Oltre al sopracitato ruolo di impulso alla tutela dei diritti dell'uomo, l'Assemblea assolve ad un funzione di monitoraggio unitamente al Comitato dei ministri. Come già precisato, l'Assemblea ha avuto un ruolo pionieristico nel promuovere ed attuare la procedura di controllo mediante l'istituzione di un'apposita commissione competente a

---

<sup>130</sup> Statuto del Consiglio Europa, Londra 5 maggio 1949, Traduzione ufficiale della Cancelleria federale Svizzera, reperibile sul sito <http://conventions.co.int/Treaty/ita/Treaties/Html/001.htm>; visitato il 17/02/2008.

<sup>131</sup> Per una disamina maggiormente dettagliata delle funzioni del Comitato dei ministri si rinvia a RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op.cit., pp. 13 ss.

<sup>132</sup> La procedura di monitoraggio è stata introdotta dalla risoluzione 1031 (1994) dell'Assemblea parlamentare. [http://assembly.coe.int/committee/MON/Role\\_F.pdf](http://assembly.coe.int/committee/MON/Role_F.pdf).

<sup>133</sup> È interessante notare che a partire dal 2004, il Comitato ha intrapreso una riflessione sulle possibilità di riforma di tale procedura, sulla base di proposte avanzate dagli Stati membri e dal Segretario generale. Cfr. doc.Monitor/Inf (2004) 4, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=772075&Lang=en>; visitato il 19/02/2008.

<sup>134</sup> Per ragioni di sistematica della trattazione si procederà ad illustrare il ruolo del Comitato dei ministri nell'ambito del sistema di protezione giudiziaria dei diritti dell'uomo ideato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. paragrafo 1.3.6. b. del presente capitolo.

<sup>135</sup> DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2007, p. 43.

presentante almeno una volta l'anno una relazione all'Assemblea plenaria . Da un esame anche sommario delle relazioni fin qui presentate, si può osservare come la procedura di monitoraggio costituisca una delle forme più efficaci di controllo politico degli obblighi ed impegni assunti dagli Stati. Infatti, questi ultimi sono sottoposti ad un esame di verifica della loro condotta in materia di tutela effettiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui contenuto verrà successivamente esposto dinanzi a tutti i membri dell'Assemblea parlamentare. È dunque, evidente, il peso politico della sopradescritta procedura, che può agire come deterrente nei confronti degli Stati rispetto alle violazioni degli obblighi assunti in seno al Consiglio e come pungolo alla tutela effettiva dei diritti dell'uomo.

Tra le funzioni dell'Assemblea generale occorre annoverare il potere di nomina, su raccomandazione del Comitato dei Ministri, del Segretario generale, il quale , a differenza del suo omologo presso le Nazioni Unite non è un organo del Consiglio d'Europa. Il Segretario generale riveste una duplice funzione. La prima, a carattere prettamente burocratico-amministrativo, attiene alle sue mansioni di capo del Segretariato generale di cui nomina gran parte dei funzionari, depositario degli strumenti giuridici elaborati in seno al Consiglio d'Europa e responsabile dell'elaborazione del bilancio annuale da sottoporre la Comitato dei Ministri. La seconda, squisitamente politica, concerne il ruolo del Segretario generale di portavoce del Consiglio d'Europa. Alla stregua del Comitato dei Ministri, anche il Segretario generale svolge un ruolo rilevante nell'ambito del sistema CEDU in quanto organo *sui generis*, con funzioni di inchiesta nei confronti degli Stati membri<sup>136</sup>. Dall'analisi sin qui condotta, emerge con chiarezza che la tutela dei diritti dell'uomo all'interno del Consiglio d'Europa non è affidata ad un organo giudiziario, ragion per cui sul finire degli anni novanta del secolo scorso, è emersa l'esigenza di creare una sorta di difensore europeo dei diritti dell'uomo. L'idea di una figura indipendente che con approccio non giudiziario contribuisse a promuovere e a garantire una tutela effettiva dei diritti dei diritti dell'uomo fu, infatti, inclusa nel programma della presidenza finlandese del Consiglio d'Europa del 1997. Dopo i necessari approfondimenti a livello di esperti, il Comitato dei Ministri approvò, nel maggio 1999, la Risoluzione (99)50 con la quale venne istituita la figura del Commissario per

---

<sup>136</sup> Autorevole dottrina ha definito il Segretario Generale come «organo» della CEDU. DE SALVIA M., *La Convenzione Europea*, op. cit. , p. 45.

i diritti dell'uomo, istanza «con funzioni non giurisdizionali incaricata di promuovere l'educazione e la sensibilizzazione dei diritti dell'uomo quali sono garantiti dagli strumenti del Consiglio d'Europa, nel pieno rispetto della competenza degli organi di controllo istituiti nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo o di altri strumenti del Consiglio d'Europa relativi ai diritti dell'uomo e di esercitare funzioni diverse da questi ultimi. Non rientra nella sua sfera di competenza l'esame dei ricorsi individuali»<sup>137</sup>. La nomina del Commissario è effettuata dall'Assemblea parlamentare sulla base di una lista di tre candidati stabilita dal Comitato dei Ministri<sup>138</sup>. Il mandato del Commissario è molto ampio e consente all'organo in questione di formulare raccomandazioni, esprimere pareri e redigere rapporti sul rispetto dei diritti dell'uomo all'interno dei singoli Stati, i quali hanno ampi doveri di collaborazione, destinati ad essere presentati al Consiglio dei Ministri<sup>139</sup>.

Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, aperto alla firma a Strasburgo il 13 maggio 2004, entrato in vigore il 1 giugno 2010, ha attribuito una nuova competenza al Commissario per i diritti dell'uomo<sup>140</sup>. L'articolo 13 del Protocollo conferisce al Commissario la facoltà di intervenire in tutti gli affari pendenti dinanzi ad una Camera ovvero alla grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo presentando osservazioni scritte o anche prendendo parte alle udienze. Il ruolo del Commissario per i diritti dell'uomo assume, dunque, una importanza notevole nel sistema di tutela dei diritti dell'uomo previsto dal Consiglio d'Europa, benché non gli si possa attribuire il ruolo di un vero e proprio *ombudsman*, non possedendo uno dei tratti caratteristici di quest'ultimo, vale a dire il contatto diretto con gli utenti, nel caso di specie i cittadini dei 47 Stati membri.

Tra gli organi non statuari del Consiglio d'Europa che assumono un'importanza rilevante nella protezione dei diritti fondamentali della persona umana occorre

---

<sup>137</sup> 19Il testo della risoluzione è reperibile in lingua francese o inglese sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa:  
[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res\(99\)50&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Res(99)50&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75); visitato il 20/02/2008.

<sup>138</sup> La procedura di nomina del Commissario è descritta in dettaglio all'articolo 9 della Risoluzione (99)50.

<sup>139</sup> Tra le più recenti prese di posizione del Commissario è da annoverare un parere sul ruolo dei parlamenti nazionali nella promozione dei diritti dell'uomo, adottato il 16/02/2009, il testo è reperibile sul sito ufficiale del Consiglio d'Europa: [http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/previous2009\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/commissioner/Viewpoints/previous2009_fr.asp).

<sup>140</sup> Il Protocollo n. 14 ha introdotto importanti innovazioni nel sistema di controllo della convenzione europea dei diritti dell'uomo di cui si darà conto nel capitolo IV del presente lavoro. Il testo del Protocollo è reperibile in LUZZATO R., POCAR F., *Codice di diritto internazionale pubblico*, IV edizione, Torino 2006, p. 200.

annoverare gli organi della Carta sociale europea, il Comitato per la prevenzione della tortura (CPT), il Comitato consultivo europeo sulle minoranze, la Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI), il Congresso dei poteri locali e regionali (CPLRE) e, infine, la vasta serie di accordi parziali tra i quali degni di nota sono la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), il Gruppo di cooperazione per la lotta all'abuso e al traffico di stupefacenti (Gruppo Pompidou), l'Accordo per la costituzione di un gruppo di stati contro la corruzione (GRECO)<sup>141</sup>.

Un canale privilegiato attraverso il quale il Consiglio d'Europa espleta la propria funzione di alfiere dei diritti dell'uomo è rappresentato dal cospicuo movimento convenzionale promosso dall'Assemblea parlamentare, di cui la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (C.E.D.U) costituisce la pietra miliare<sup>142</sup>.

## II.2 La “base normativa” e la sua evoluzione

Al fine di comprendere, in sé e nelle sue tendenze evolutive, il ruolo della Corte europea è opportuno ripercorrere le tappe normative che hanno portato alla situazione odierna, partendo dalle origini.

---

<sup>141</sup> Per una disamina dettagliata dei sopramenzionati organi, si veda RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa*, op. cit. pp. 32 ss.

<sup>142</sup> Le dimensioni di questo lavoro non consentono di dar conto di tutto questo complesso sistema di Convenzioni (se ne contano circa 200), che da solo giustificerebbe una ponderosa trattazione. Ci limiteremo pertanto ad indicare le materie che costituiscono oggetto degli strumenti giuridici convenzionali adottati dal consiglio d'Europa: si tratta dell'ambiente, dell'arbitrato, dell'assistenza giudiziaria in materia penale, dell'assistenza sociale e medica, della biomedicina, della protezione dei diritti sociali, del cinema, della circolazione delle persone, delle collettività locali e regionali, della cooperazione giuridica in materia civile, penale, amministrativa e fiscale ed in altre aree, della lotta alla corruzione ed alla criminalità informatica, della cultura, dei diritti umani, del diritto audiovisivo, del diritto civile, del diritto commerciale, del diritto di famiglia e dei minori, del diritto finanziario, del diritto internazionale generale, dell'esecuzione delle sanzioni, dell'estradizione, dell'insegnamento superiore, dei lavoratori migranti, del lavoro alla pari delle minoranze, della cittadinanza, della prevenzione della tortura, dei procedimenti giurisdizionali, della proprietà intellettuale, della protezione degli animali, della protezione dei dati, della protezione delle vittime dei reati, della protezione sociale degli agricoltori, di responsabilità civile, di rifugiati, di sanità pubblica, di sicurezza sociale, di sport, di terrorismo, di testamenti, di trasmissione delle procedure giurisdizionali.

La Convenzione fu elaborata, nell'ambito del Consiglio d'Europa, poco dopo la fine della seconda guerra mondiale. Sottoscritta il 4 novembre 1950 da 14 Stati<sup>143</sup>, è entrata in vigore, una volta ratificata da dieci Stati firmatari, nel settembre 1953, ed è stata successivamente integrata e modificata in più occasioni.

La Convenzione europea è, anzitutto, un trattato multilaterale, ed in quanto tale gode della medesima forza giuridica vincolante, *vis-à-vis* delle Parti Contraenti, di qualsiasi altro strumento convenzionale, alla stregua di quanto previsto dalla Convenzione sul diritto dei Trattati, firmata a Vienna nel 1969<sup>144</sup>. Occorre, tuttavia, precisare che la Cedu costituisce un trattato multilaterale *sui generis* se si pone mente agli scopi, al carattere obiettivo degli obblighi imposti dalla Convenzione nonché al fatto che essa istituisce un ordinamento dotato di un proprio organo di produzione giuridica, la Corte europea dei diritti dell'uomo.

La filosofia che permea il sistema della Convenzione trova una lapidaria descrizione in una decisione adottata dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo negli anni sessanta: «nel concludere la Convenzione, gli Stati contraenti non hanno voluto concedersi diritti ed obblighi reciproci utili al perseguimento dei loro interessi nazionali rispettivi, bensì realizzare gli obiettivi e gli ideali del Consiglio d'Europa, quali li enuncia lo statuto, ed instaurare un ordine pubblico comunitario delle libere democrazie d'Europa al fine di salvaguardare il loro patrimonio comune di tradizioni politiche, di ideali, di libertà e di preminenza del diritto»<sup>145</sup>. Infatti, da un esame anche sommario delle norme inserite nella Cedu si evince che l'oggetto e la forma di queste ultime richiamano sostanzialmente norme di contenuto equivalente rinvenibili in quasi tutte le carte costituzionali dei paesi membri. Pertanto, la Cedu sembra costituire un «quadro istituzionale comune ai differenti ordinamenti giuridici europei»<sup>146</sup>. Inoltre, i diritti protetti nell'ambito della Convenzione presentano un carattere obiettivo e creano in capo alle Parti contraenti obblighi oggettivi che godono di una garanzia collettiva, come emerge dalla chiusa del preambolo e dalla norma che apre la parte dispositiva della Cedu: a termini dell'articolo 1 «Le Alte Parti

---

<sup>143</sup> Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Repubblica federale tedesca, Svezia, Turchia

<sup>144</sup> Convenzione sul diritto dei trattati, Vienna, 23 maggio 1969, in F. POCAR, R. LUZZATO, *Codice di diritto internazionale pubblico*, op cit. 33. Occorre menzionare, in particolare l'articolo 26 della Convenzione che stabilisce la regola, ormai di valore consuetudinario, *Pacta sunt servanda*.

<sup>145</sup> Commissione, decisione 788/60, Austria c. Italia, Annuario CEDU, vol. 4, p. 117.

<sup>146</sup> DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., pp. 57 ss.

Contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo della presente Convenzione»<sup>147</sup>.

Risulta, dunque, evidente il carattere peculiare della Convenzione rispetto ai trattati internazionali classici, basati sul rigoroso principio della reciprocità degli obblighi assunti dagli Stati nell'ambito dello strumento convenzionale considerato. Come ha autorevolmente asserito la Corte nel celebre caso *Irlanda c. Regno Unito*: «A differenza dei trattati internazionali di tipo classico, la Convenzione va oltre il quadro della semplice reciprocità tra Stati contraenti. Oltre ad una rete di impegni sinallagmatici bilaterali, essa crea delle obbligazioni oggettive che, a termini del suo preambolo, beneficiano di una garanzia collettiva<sup>148</sup>. Per mezzo del suo articolo 24 (oggi 33), essa permette agli Stati contraenti di esigere il rispetto di queste obbligazioni senza dover giustificare un interesse derivante, per esempio, dal fatto che una misura che essi denunciano ha leso uno dei loro cittadini. Sostituendo la parola riconoscono con s'impegnano a riconoscere nel testo dell'articolo 1, i redattori della convenzione hanno voluto indicare che i diritti e le libertà del Titolo I sarebbero direttamente riconosciuti a chiunque sia soggetto alla giurisdizione degli Stati contraenti [...]. La loro attenzione si riflette con una particolare fedeltà allorché la Convenzione è stata incorporata nell'ordine giuridico interno»<sup>149</sup>.

In armonia con l'orientamento giurisprudenziale sopra descritto, la Corte non ha esitato a definire la Convenzione come lo «strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo»<sup>150</sup>. Occorre, tuttavia, contestualizzare l'affermazione della Corte fatta con riferimento all'interpretazioni delle limitazioni poste dagli Stati alle clausole facoltative di accettazione della competenza della Commissione e della Corte nel vecchio sistema (articoli 25 e 26 del precedente testo convenzionale). Ciò nondimeno, è necessario riconoscere che l'opinione della Corte riflette un *idem sentire* abbastanza diffuso in dottrina secondo il quale la Convenzione costituisce un elemento del

---

<sup>147</sup> Nel corso dei lavori preparatori della Convenzione, l'articolo 1 era stato inizialmente formulato in modo diverso: nello specifico si affermava che le Alte Parti contraenti *si impegnano a riconoscere*.... L'uso dell'espressione *riconoscono* in luogo di quella *s'impegnano a riconoscere* ha palesato la volontà degli aiuti della Convenzione di attribuire con immediatezza agli individui i diritti in questione.

<sup>148</sup> In diverse occasioni la Corte europea dei diritti dell'uomo si è riferita alla specificità della Convenzione in quanto trattato che provvede alla garanzia collettiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, basti ricordare la sentenza adottata nel caso *Cruz Vara et al.c.Svezia* 20 Marzo 1991, serie A n.204.

<sup>149</sup> Sentenza *Irlanda c.Regno Unito*, 18 gennaio 1976, paragrafo 239

<sup>150</sup> Sentenza *Loizidou c. Turchia*, 18 Dicembre 1996, ecc. prel., *Reports of Judgments and Decisions 1996-VI*.

«blocco di costituzionalità europeo»<sup>151</sup> composto oltre che dalla CEDU, dai Trattati istitutivi dell'Unione Europea e dalla Carta dei diritti fondamentali proclamata per la prima volta a Nizza nel Dicembre 2000<sup>152</sup>. Un'ulteriore carattere tipico della Convenzione rispetto ai trattati multilaterali di tipo classico, è rappresentato dal fatto che essa istituisce un ordinamento dotato di un proprio organo di produzione giuridica, vale a dire la Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Convenzione – seguendo l'impostazione della Dichiarazione universale – da una parte, enunciava una serie di diritti e libertà civili e politici – riservando poco spazio ai diritti economici e sociali – e, dall'altra, istituiva un sistema destinato a garantire il rispetto da parte degli Stati contraenti degli obblighi da essi assunti.

Tre istituzioni condividevano la responsabilità di siffatto controllo: la Commissione europea dei Diritti dell'Uomo (istituita nel 1954), la Corte europea dei Diritti dell'Uomo (istituita nel 1959) ed il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa<sup>153</sup>. L'Assemblea parlamentare del Consiglio veniva coinvolta solo nella elezione dei membri della Corte e della Commissione.

Gli Stati Parti della Convenzione si impegnavano a garantire all'interno dei rispettivi ordinamenti i diritti previsti dal Titolo I della stessa Convenzione nei riguardi di tutti i soggetti sottoposti alla loro giurisdizione, offrendo loro un ricorso effettivo dinanzi ad un'istanza nazionale. Il sistema ideato negli anni cinquanta non consentiva agli Stati di adire direttamente la Corte, né tantomeno conferiva agli individui il diritto al ricorso dinanzi alle istanze europee; solo in seguito all'entrata in vigore del Protocollo n. 9, abrogato dal Protocollo n. 11, agli individui fu concessa la facoltà di adire la Corte, esclusivamente contro gli Stati che effettuavano una dichiarazione di accettazione del ricorso individuale. Uno Stato che lamentasse la violazione della Convenzione da parte di un altro Stato contraente, aveva diritto a presentare un ricorso dinanzi alla Commissione, la quale dopo una prima fase di accertamento della ricevibilità dello stesso, procedeva ad istruire il ricorso promuovendo un primo tentativo di composizione amichevole della controversia. Qualora tale operazione si fosse rivelata fallimentare, la Corte redigeva un rapporto nel quale esplicitava la propria posizione in merito alla violazione o meno della Convenzione e lo

---

<sup>151</sup> Cfr. M. DE SALVIA, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, op.cit. p. 59.

<sup>152</sup> Le vicende che hanno portato all'adozione della Carta di Nizza, nonché gli sviluppi successivi, saranno oggetto di approfondimento nel par. III.5.2 del presente capitolo.

<sup>153</sup> Si veda il sito internet: [http://www.coe.int/T/I/Corte\\_europea\\_dei\\_Diritti\\_dell%27Uomo/](http://www.coe.int/T/I/Corte_europea_dei_Diritti_dell%27Uomo/)

trasmetteva direttamente al Comitato dei ministri, che con voto preso alla maggioranza dei due terzi dei Paesi membri del Consiglio d'Europa stabiliva se avallare o meno la posizione della Commissione. La Corte poteva costituire un foro alternativo di soluzione del caso rispetto al Comitato dei Ministri solo previa richiesta dello Stato convenuto o di quello di cui la vittima della violazione fosse cittadino, ovvero della stessa commissione. Al Comitato dei Ministri era demandata, inoltre, la funzione di vigilare sulla corretta esecuzione da parte degli Stati delle sue decisioni e di quelle adottate dalla Corte.

Prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, il meccanismo di garanzia collettiva dei diritti dell'uomo previsto dalla Convenzione risultava alquanto farraginoso e destinato a funzionare a diverse velocità a seconda del grado di partecipazione di ciascuno Stato. La principale incongruenza di tale meccanismo concerneva il ruolo conferito al Comitato dei ministri, organo di natura politico-amministrativa, chiamato ad espletare una funzione squisitamente giurisdizionale<sup>154</sup>.

Sostanzialmente, il fine attribuito alla Convenzione era quello di contrastare i possibili abusi che il potere statale – in tutte le sue espressioni, compresa quella più alta rappresentata fino a quel momento, in via di fatto se non di diritto, dalla funzione legislativa – aveva dimostrato di poter produrre (a causa tra l'altro della tendenziale flessibilità delle costituzioni ottocentesche e, comunque, della quasi totale assenza di forme di controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale): pertanto, un'esigenza simile a quella cui si era cercato di provvedere all'interno dei vari ordinamenti nazionali con (l'adozione di testi costituzionali rigidi e con) la previsione di appositi organi di giustizia costituzionale.

---

<sup>154</sup> P. Van Dijke e G.J.H. Van Hoof hanno enfatizzato tale incongruenza affermando quanto segue: «all in all it may be said that the Committee of Ministers performs a (quasi) judicial function under article 32 in the second phase of the supervisory procedure, comparable to what, alternatively, the function of the court is. This in spite of the fact that, considering its composition, procedure and functions under the Statute of the Council of Europe, the Committee of Ministers had to be regarded as a political organ. This situation, in which a judicial function is performed by a political organ, is the result of a compromise reached during the drafting of the Convention. On the one hand, it appeared impossible to find sufficient support for a Court with compulsory jurisdiction. On the other hand, it was deemed desirable that the supervisory procedure should ultimately result in all cases, in a binding decision on whether there had been a violation of the Convention. Ultimately, the solution found was to entrust that decision to the Committee of Ministers of the Council of Europe for the cases where the Court did not have jurisdiction or which were not brought before the Court». P. Van DIJK, G.J.H. Van HOOFF, *Theory and practise of the European Convention on Human Rights*, terza edizione, Kluwer law, The Hague, London, Boston, 1998, 268.



Un'importanza cruciale nel “meccanismo” della Convenzione, affinché questa potesse assolvere alla sua funzione, spettava chiaramente già all'epoca della sua entrata in vigore al connesso aspetto istituzionale e procedurale.

Già prima delle riforme degli anni Novanta erano rinvenibili, proprio sul versante “operativo” della Convenzione, elementi tali da supportare – su un piano tecnico e concreto e non solo su un piano ideale – l'affermazione per cui con tale strumento pattizio gli individui sarebbero diventati “soggetti del diritto internazionale”. Tali elementi constavano, *in primis*, nella facoltà dei singoli di rivolgersi, se non già alla Corte, alla Commissione (facoltà peraltro rimessa alla disponibilità delle Parti contraenti), ed, *in secundis*, nel riconoscimento del «carattere obiettivo» delle obbligazioni sottoscritte dagli Stati contraenti nella Convenzione, pur in assenza di un ricorso diretto dei singoli. Esemplificativa in tal senso appare la decisione della Commissione dell'11 gennaio 1961, *Austria c. Italia*, in cui affermava che, «stipulando la Convenzione, gli Stati contraenti non hanno voluto concedersi dei diritti e delle obbligazioni reciproche utili al raggiungimento dei rispettivi interessi nazionali, ma realizzare gli obiettivi e gli ideali del Consiglio d'Europa», sicché «[tali obbligazioni] hanno essenzialmente un carattere obiettivo, per il fatto che esse hanno lo scopo di proteggere i diritti fondamentali dei singoli contro le violazioni degli Stati contraenti, piuttosto che creare diritti soggettivi e reciproci tra questi ultimi»<sup>155</sup>.

Il ruolo della Convenzione (sul piano delle “fonti”) e soprattutto quello della Corte di Strasburgo (sul piano della “giurisdizione”) hanno assunto la massima importanza nel “circuito costituzionale europeo”, soprattutto in conseguenza dell'entrata in vigore, nel 1998, del precitato protocollo n. 11.

È necessario evidenziare però che la facoltà di ricorso diretto alla Corte da parte dei singoli era stata introdotta già nel 1994 a mezzo del protocollo n. 9; tuttavia, la sottoposizione alla giurisdizione della Corte nonché la possibilità di essere comunque coinvolti da un ricorso presentato da parte di singoli, restavano rimessi alla disponibilità degli Stati contraenti (ancorché, per prassi consolidata, l'accettazione di tali clausole costituisse requisito per l'ammissione dei nuovi membri).

La novità fondamentale conseguente alla riforma del 1998 è costituita, anzitutto, dall'abolizione di tale residuo potere statale di sottrarsi ai più incisivi meccanismi di

---

<sup>155</sup> Cfr. POLLICINO O.-SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 5.

controllo, con la generalizzazione e “l’assolutizzazione” del diritto di ricorso alla Corte da parte dei singoli (nonché delle organizzazioni non governative e dei gruppi di privati vittime di violazioni).

Inoltre, il protocollo n. 11 ha innovato radicalmente il complessivo sistema di garanzia della Convenzione, sopprimendo la Commissione e la “vecchia” Corte e istituendo di una “nuova” Corte che gestisce tutti i ricorsi dal vaglio di ricevibilità, alla decisione di merito, salvo il ruolo del Comitato dei Ministri quanto alla sorveglianza sull’esecuzione di quest’ultima.

Attualmente, la possibilità (peraltro, sempre più utilizzata) per ciascun soggetto di rivolgersi, una volta esauriti i ricorsi interni, alla Corte europea, determina l’esercizio, da parte di questa, di competenze decisionali quantitativamente (per l’estensione dei campi direttamente o indirettamente toccati dalle sue numerose statuizioni) e qualitativamente (per la delicatezza e, se si vuole, l’intrinseca “costituzionalità”, dei temi affrontati) di tutto rilievo.

In tale ottica, è necessario considerare altresì la crescente propensione dimostrata dalla Corte negli ultimi anni di trattare anche gli aspetti “strutturali” degli ordinamenti nazionali (innanzitutto, con riguardo a discipline legislative considerate all’origine delle violazioni riscontrate) spingendosi, talora, sino alla puntuale individuazione delle modifiche da apportare per ristabilire la “legalità convenzionale” (e prevenire nuove violazioni e nuovi ricorsi di tenore analogo a quelli già affrontati)<sup>156</sup>.

### **II.3 La composizione della Corte**

La Corte di Strasburgo è composta da un numero di Giudici pari a quello degli Stati membri<sup>157</sup>, ognuno scelto dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa all’interno di una lista di tre persone presentata da ciascuno Stato<sup>158</sup> (“in relazione al quale”, o “a titolo del quale”, egli verrà eletto).

---

<sup>156</sup> Cfr. *infra*, cap. III, par. II.3.

<sup>157</sup> Art. 20 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali: «*La Corte si compone di un numero di giudici pari a quello delle Alte Parti contraenti*».

<sup>158</sup> Art. 22 della Convenzione cit.: «*I giudici sono eletti dall’Assemblea parlamentare in relazione a ciascuna Alta Parte contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di tre candidati presentata dall’Alta Parte contraente*».

Della massima importanza, a questo riguardo, è la previsione dell'art. 26, c. 4, in virtù della quale «Il giudice eletto a titolo di un'Alta Parte contraente parte alla procedura è membro di diritto della sezione e della sezione allargata. In caso di assenza di detto giudice o se è impossibilitato a sedere, siede in qualità di giudice una persona scelta dal presidente della Corte tra quelle figuranti su una lista previamente presentata da tale Parte». D'altra parte, l'art. 13 del regolamento della Corte precisa che i giudici «non possono assumere la presidenza in un caso nel quale è parte una Parte contraente della quale sono cittadini o in relazione alla quale sono stati eletti».

Peraltro, ai sensi dell'art. 21, i Giudici, che siedono alla Corte «a titolo individuale», «devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie, o essere dei giureconsulti di riconosciuta competenza». Essi sono eletti dall'Assemblea a maggioranza dei voti espressi, anche sulla base dell'esame di un *curriculum vitae* (teoricamente *standard* per ogni candidato) e di un'audizione individuale presso una sottocommissione speciale.

Ai sensi del primo comma dell'art. 23, i Giudici eletti restano in carica per nove anni e non sono rieleggibili. L'impossibilità di essere rieletti è una delle modifiche che il Protocollo n. 14 ha apportato alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali e che sono state positivamente accolte da larga parte della dottrina. Infatti, la previsione della rieleggibilità, accoppiata a quella della pubblicità delle *dissenting opinions*<sup>159</sup>, avevano suscitato perplessità in dottrina in quanto alcuni Autori<sup>160</sup> evidenziavano che, tale combinato disposto, poteva potenzialmente ledere l'indipendenza dei Giudici. Invero, nel momento in cui un Giudice avesse voluto essere rieletto, presumibilmente, non avrebbe votato contro il proprio Governo per paura di non essere proposto come candidato. I giudici desiderosi di essere rieletti, infatti, avrebbero subito una certa spinta a non prendere posizioni contrarie alle visioni dell'Assemblea parlamentare, per paura di non essere rieletti; ciò li avrebbe resi, pertanto, dipendenti dall'Assemblea parlamentare e non sarebbe stato più garantito il principio di indipendenza. Per ovviare a tale problematica, pertanto, si è deciso di eliminare la possibilità della rielezione e mantenere, invece, la possibilità della pubblicità delle *dissenting opinions*.

---

<sup>159</sup> Cfr. *infra*, par. III.3 del presente capitolo.

<sup>160</sup> Tra tutti si veda SCHERMERS H.G. così come riportato da POLLICINO O, SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, op. cit., p. 7.

Procedendo con la disamina delle norme sulla composizione della Corte, viene in evidenza il terzo comma dell'art. 21, per il quale il mandato è incompatibile con qualsiasi vincolo o attività contrastante con le esigenze di indipendenza, imparzialità o disponibilità connesse all'esercizio di un'attività esercitata a tempo pieno ed, in ogni caso, termina al raggiungimento dell'età di 70 anni<sup>161</sup>.

La revoca è possibile solo se gli altri giudici decidono, a maggioranza dei due terzi, che il componente da revocare non soddisfa più i requisiti richiesti<sup>162</sup>.

#### II.4 Le funzioni della Corte

L'articolo 19 della Convenzione così come riformato dal Protocollo n. 11 afferma che: «per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'uomo, di seguito denominata «la Corte». Essa funziona in modo permanente». La norma in questione suggella il carattere giurisdizionale del sistema di garanzia su cui poggia la Convenzione, corroborando il legame esistente tra l'aspetto sostanziale della tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed il suo aspetto processuale.

La Corte esercita sia una competenza giurisdizionale sia una competenza consultiva e, detiene la cosiddetta *Kompetenz-Kompetenz*, a norma dell'articolo 32 della Convenzione. Quanto alla competenza giurisdizionale, essa può essere circoscritta *ratione materiae*, *ratione temporis*, *ratione loci*, *ratione personae*. L'articolo 32 della Convenzione, così come modificato dal Protocollo n. 11, istituisce una competenza *ratione materiae* della Corte, unico organo giurisdizionale sul quale è ora imperniato il meccanismo di controllo della C.E.D.U., competente a decidere «tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli». A differenza del precedente sistema, nel quale la competenza *ratione materiae* sussisteva soltanto nei confronti degli Stati che la accettavano, nel sistema ristrutturato essa sussiste per tutti indistintamente gli Stati parti della Convenzione. Inoltre, mentre nel sistema originario gli Stati contraenti potevano limitare la durata dell'obbligo di

---

<sup>161</sup> Art. 23, co. 2, della Convenzione cit..

<sup>162</sup> Art. 23, co. 3, della Convenzione cit..

giurisdizione, e, conseguentemente, la durata della competenza della Corte, ciò non può avere luogo nell'attuale sistema per il quale l'obbligo giurisdizionale, derivando dalla stessa Convenzione, ha la medesima efficacia temporale di quest'ultima.

Potrebbe, pertanto, concludersi che *prima facie* la competenza della Corte ha una portata uniforme. Invero l'uniformità della competenza della Corte soffre di alcune eccezioni collegate a determinati ambiti che la Convenzione lasci alla determinazione unilaterale degli Stati. Rilevano in tal senso due disposizioni della convenzione: l'articolo 56 e l'articolo 57. Il primo attribuisce ad ogni Stato la facoltà di stabilire se la Convenzione si applichi o no ai territori dei quali assicura le relazioni internazionali (par. 1) e, in caso affermativo, se a tale applicazione si affianchi la competenza della Corte a conoscere di ricorsi individuali (par. 4); dal canto suo, l'articolo 57 consente a certe condizioni che gli Stati appongano riserve a disposizioni particolari della Convenzione e dei suoi Protocolli, di conseguenza all'operare di simili riserve non può non accompagnarsi una simmetrica limitazione dell'ambito di competenza della Corte. Quindi, se da un canto la competenza che l'articolo 32 istituisce si presenta come una competenza generale, nel senso che ha ad oggetto una serie indeterminata di controversie, dall'altro, è giocoforza riconoscere che l'estensione della stessa può variare.

Alla competenza *ratione materiae* fa pendant la competenza *ratione personae*: l'articolo 32, primo comma dispone, infatti, che alla Corte sia sottoposta una questione «alle condizioni previste dagli articoli 33 e 34». Le condizioni cui si riferisce l'articolo in questione riguardano la qualità del ricorrente, Stato contraente o individuo, e la qualità del soggetto contro cui il ricorso è proposto, uno Stato contraente.

*Ratione temporis*, la Corte può esprimersi esclusivamente in merito a controversie sorte dopo l'entrata in vigore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in ossequio al noto principio di diritto internazionale dell'irretroattività dei trattati<sup>163</sup>. L'applicazione di tale principio ha creato notevoli *impasses* alla Corte, soprattutto con riferimento alle controversie la cui scaturigine risaliva ad avvenimenti prodottisi in un'epoca anteriore alla ratifica della Convenzione. Al fine di risolvere tali *impasses*, la Commissione ha elaborato il concetto di «situazione continua» generatrice di una

---

<sup>163</sup> In tal senso si è espressa la Commissione dei diritti dell'uomo: «[...] in base al principio di irretroattività dei trattati e delle convenzioni, la Convenzione disciplina, in relazione ad ogni Parte contraente, solo i fatti posteriori alla sua entrata in vigore nei confronti di tale parte». Commissione, D. 214/56, Ann. 2, de Becker c. Belgio, 215.

perpetua violazione della C.E.D.U.<sup>164</sup>.

Alle limitazioni *ratione temporis* testè considerate si aggiunge la delimitazione *ratione loci* della competenza della Corte. La dottrina non concorda sulla individuazione della norma di riferimento per la competenza in questione: taluni opinano che la competenza territoriale della Corte è fissata dall'articolo 56 della Convenzione, altri additano l'articolo 1 come norma chiave in materia<sup>165</sup>. Senza entrare nel merito della diatriba dottrinale, basti ricordare che mentre l'articolo 56 statuisce che ciascuno «Stato al momento della ratifica o in un altro momento successivo, può dichiarare, mediante notifica indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, che la presente Convenzione troverà applicazione salvo quanto previsto al paragrafo 4 del presente articolo in tutti i territori o in determinati territori di cui assicura le relazioni internazionali», l'articolo 1 prevede che «le Alte Parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione». Gli autori che pongono l'accento su quest'ultima disposizione, enfatizzano la nozione di «giurisdizione» da intendersi *latu sensu*: essa ricomprenderebbe non solo gli avvenimenti accaduti sul territorio dello Stato, ma anche quelli che si sono verificati al di fuori dello stesso purché ascrivibili a pubblici funzionari dello Stato contro il quale il ricorso è diretto. Tale orientamento risulta conforme alla giurisprudenza della Commissione e della Corte: così, ad esempio, la Commissione ha ritenuto che, in principio, la Repubblica federale di Germania potesse considerarsi responsabile di violazioni della Convenzione commesse da funzionari della propria ambasciata in Marocco<sup>166</sup> e che sussistesse la responsabilità della Svizzera per atti di autorità Svizzere produttivi di effetti in Liechtestein<sup>167</sup>. A sua

---

<sup>164</sup> Per una diffusa disamina dell'argomento in questione si rinvia a STARACE V., *Competenze della Corte*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentali*, op. cit., pp. 544 ss.; TAVERNIER, *L'actualité du principe de non rétroactivité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, in FLAUSS et DE SALVIA (a cura di), *La Convention européenne des droits de l'homme : développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, 1997, pp. 113 ss.

<sup>165</sup> A favore della prima posizione STARACE V., *Competenze della Corte*, op.cit., 548. L'Autore opina, in particolare che l'assenza nell'articolo 1 della Convenzione di una delimitazione *ratione loci* dell'obbligo generale in esso enunciato comporta l'assenza di un'analoga delimitazione della competenza della Corte, considerando che, in principio, tale competenza ha un'ampiezza corrispondente all'ambito materiale di applicazione della Convenzione. Per la seconda posizione, invece, basti ricordare DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, op. cit. 112. L'autore afferma in modo lapidario che: «l'abito di applicabilità territoriale, e dunque la competenza *ratione loci* della corte, è fissato dall'articolo 1».

<sup>166</sup> Commissione, dec. 25 settembre 1965, *Annuaire de la Convention*, vol. 8, 158 ss.).

<sup>167</sup> Commissione, dec. 14 luglio 1977, DR, 9, 57 ss.).

volta la Corte, in numerose pronunce ha sposato il medesimo orientamento: nel noto caso *Loizidou c. Turchia*, essa ha ritenuto che sussiste l'obbligo dello Stato contraente di assicurare l'osservanza dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione anche in zone situate fuori del proprio territorio nazionale sulle quali esso esercita in pratica il controllo a seguito di un'azione militare, lecita o no<sup>168</sup>. La Corte si è dichiarata, invece, incompetente *ratione loci* e *ratione personae* là dove ha rilevato che gli atti per i quali gli Stati contraenti erano accusati di aver violato la Convenzione non erano da attribuire a tali Stati<sup>169</sup>. Quanto alla kompetenz-kompetenz, l'articolo 32 par. 2, istituisce la competenza della Corte ad accertare la propria competenza, qualora questa formi oggetto di contestazione dalla parte dello Stato convenuto. Si tratta di una competenza accessoria (rispetto a quella sul merito) ed incidentale (poiché il suo esercizio si inserirebbe incidentalmente nel processo di merito) ma ciò non intacca il suo carattere di competenza essenziale in quanto consente alla Corte di assolvere appieno la propria funzione.

Per concludere sull'argomento, occorre aggiungere qualche osservazione in merito alla competenza consultiva della Corte, introdotta successivamente all'entrata in vigore della Convenzione mediante il Protocollo n. 2 (firmato il 21 settembre 1970 e trasfuso nel protocollo n.11) ed attualmente disciplinata dagli articoli 47, 48, 49 della C.E.D.U.<sup>170</sup>. Si tratta di una competenza alquanto limitata sia *ratione personae* che *ratione materiae*: sotto il primo profilo, infatti, solo il Comitato dei Ministri è abilitato a chieder pareri consultivi alla Corte. Tale soluzione appare del tutto riduttiva tanto più se la si compara con altre esperienze di giurisdizioni sovranazionali quali la Corte internazionale di Giustizia, e , a livello regionale la Corte interamericana dei diritti dell'uomo<sup>171</sup>. Per quanto attiene ai limiti *ratione materiae* in tema di pareri consultivi,

---

<sup>168</sup> Corte, 23marzo 1995, *Loizidou c. Turchia (ecc. prel.)*, Serie A, n. 310, par 62.

<sup>169</sup> Corte, 26 giugno 1992, *Droz et Janousek c. Francia et Spagna*, Serie A, n. 240, parr. 89 e 96).

<sup>170</sup> La competenza consultiva della Corte non è stata mai attivata. Solo di recente si è avuta una decisione della Corte nella quale la stessa ha negato la propria competenza ad pronunciarsi in via consultiva su un caso presentato dal Comitato dei Ministri su sollecitazione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Cfr, *Decisione sulla competenza della Corte per rendere un parere consultivo*, 2 giugno 2004

<sup>171</sup> Ai sensi dell'articolo 96 della Carta delle Unite, la Corte internazionale di giustizia può essere adita in via consultiva dal Consiglio di Sicurezza e dall'Assemblea Generale su ogni questione giuridica nonché dagli altri organi dell'ONU e dagli Istituti specializzati, a ciò autorizzati dall'Assemblea generale, su questioni giuridiche che sorgano nell'ambito della loro attività. Sull'argomento si veda diffusamente, C. BENEDETTO, *Le Nazioni Unite*, CEDAM, 2005, p.281 ss. Quanto alla Corte interamericana di diritti dell'uomo, ai sensi dell'articolo 64 della Carta dell'Organizzazione degli Stati americani, tutti gli Stati membri possono attivare la competenza consultiva della Corte nonché alcuni organismi enumerati nel capitolo X della Carta così come riformato dal Patto di Buenos Aires. Per una

a termini dell'articolo 47 secondo comma, la Corte, in sede consultiva, non può pronunciarsi su questioni riguardanti il contenuto o l portata dei diritti e delle libertà definiti nel titolo I della Convenzione e nei Protocolli. La marcata circoscrizione della competenza consultiva della corte è stata giustificata dalla dottrina con l'esigenza di scongiurare il rischio che un ampliamento della stessa potesse intralciare l'esercizio della competenza contenziosa<sup>172</sup>. Occorre soggiungere, per concludere sull'argomento, che a prescindere dalla normativa contenuta nella C.E.D.U., la Corte può esercitare una funzione consultiva anche con riferimento a norme convenzionali esterne: si tratta dell'ipotesi finora concretizzatasi nella convenzione di Oviedo sui diritti umani e biomedicina<sup>173</sup>. Dalle osservazioni sin qui condotte, emerge una netta differenza tra la competenza consultiva e la competenza contenziosa della Corte, soprattutto con riferimento ai soggetti legittimati ad adirla.

## II.5 Le modalità operative della Corte

Per quanto concerne la disamina delle modalità operative della Corte che si andrà ivi a svolgere, si evidenzia come ci si riferisca al testo della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali così come emendato dal Protocollo n. 14<sup>174</sup> firmato a Strasburgo nel maggio 2004 in occasione della 114ª sessione del Consiglio d'Europa, ed entrato in vigore il 1º giugno 2010.

La Corte, nello svolgimento dei suoi compiti (in riferimento soprattutto agli artt. 33 e 34 della CEDU), opera in diverse formazioni, ciascuna con proprie funzioni.

La formazione più "alta" della Corte – priva però di funzioni giurisdizionali – è l'Assemblea plenaria.

In tale composizione la Corte adotta il regolamento, elegge il Presidente e uno o due vice-presidenti (per un periodo di tre anni, con possibilità di rielezione), nonché i

---

trattazione dettagliata dell'argomento in questione si rinvia a BUERGENTHAL T., *The advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights*, in *Contemporary Issues in International Law-Essays in Honour of L.B. Sohn*, Arlington, 1984, 127 ss.

<sup>172</sup> Cfr. BENVENUTI P., *Pareri consultivi*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *La convenzione europea*, op. cit., pp. 696 ss.

<sup>173</sup> *Ibidem*.

<sup>174</sup> Per una trattazione diffusa dell'argomento in questione si rinvia a SCIARABBA V., *I sistemi sopranazionali "paracostituzionali" dell'UE e della CEDU*, op. cit., pp. 24-49; VILLANI U., *Il protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit.



presidenti delle Camere (parimenti rieleggibili), il cancelliere ed uno o più vice-cancellieri; inoltre, può costituire Camere (ulteriori rispetto a quelle ordinariamente previste) per un periodo determinato<sup>175</sup>.

L'art. 26 della CEDU<sup>176</sup> prevede la figura del “giudice unico”, a cui spetta – avvalendosi anche dell’assistenza di relatori non giudiziari facenti parte dell’Ufficio di Cancelleria<sup>177</sup> – il compito di dichiarare irricevibili o radiare dal ruolo, con decisione definitiva, tutti quei ricorsi per i quali una decisione di tal genere risulti palesemente doverosa, senza bisogno di ulteriori accertamenti; in caso contrario il giudice unico ha l’obbligo di trasmettere il ricorso ad un comitato o ad una Camera per l’ulteriore esame<sup>178</sup>.

In funzione di Comitati di tre giudici – che già erano e restano competenti ad adottare, con voto unanime, analoghe decisioni di irricevibilità o di cancellazione dal ruolo<sup>179</sup> – si riconosce anche il potere, per così dire speculare, di dichiarare un ricorso ricevibile e pronunciare contestualmente una decisione di merito – sempre con voto unanime – quando la questione relativa all’interpretazione o all’applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli che è all’origine del caso è oggetto di una giurisprudenza consolidata della Corte<sup>180</sup>.

La Grande Camera è, invece, composta da diciassette giudici, tra i quali il presidente e i vice-presidenti della Corte, i presidenti delle Camere, nonché il giudice eletto in relazione a un’Alta Parte contraente parte alla controversia in discussione, oltre agli altri giudici designati in conformità con il regolamento della Corte<sup>181</sup>.

Ai sensi dell’art. 31, la Grande Camera si pronuncia sui ricorsi interstatali<sup>182</sup>, nonché sui ricorsi individuali<sup>183</sup>, ma solo allorché il caso le sia stato deferito, ricorrendone i

---

<sup>175</sup> Art. 25 della Convenzione cit.

<sup>176</sup> Così come modificato dall’art. 6 del Protocollo n. 14 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali.

<sup>177</sup> Art. 24, co. 2, della Convenzione cit..

<sup>178</sup> Art. 27 della Convenzione cit..

<sup>179</sup> Art. 28, co. 1. lett. a), della Convenzione cit..

<sup>180</sup> Art. 28, co. 1. lett. b), della Convenzione cit..

<sup>181</sup> Art. 28, co. 5, della Convenzione cit..

<sup>182</sup> Cfr. l’art. 33: «Ogni Alta Parte Contraente può deferire alla Corte qualunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputata a un’altra Alta Parte Contraente».

<sup>183</sup> Cfr. l’art. 34: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un’organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l’esercizio effettivo di tale diritto».

presupposti (v. *infra*), da una Camera, oppure, in casi eccezionali, anche a seguito di una sentenza di una Camera, su richiesta di una parte della controversia. L'art. 43, comma 1, prevede infatti, che «Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera». Continua il secondo comma: «Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda [di rinvio] quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o anche una grave questione di carattere generale». Il comma 3, infine, precisa che «Se il Collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza»<sup>184</sup>.

La Grande Camera, infine, ai sensi dell'art. 31, *lett. c)*, esamina le richieste di pareri consultivi presentate dal Comitato dei Ministri<sup>185</sup>.

Vi sono poi dei Comitati che entrano in funzione con esclusivo riguardo ai ricorsi individuali, al fine di verificarne la ricevibilità<sup>186</sup>.

Le condizioni di ricevibilità sono disciplinate dall'art. 35<sup>187</sup>. Relativamente a queste merita attenzione il comma 3 dell'articolo, così come modificato dal Protocollo n. 14, che dispone che la Corte, in qualsiasi fase della procedura, potrà e dovrà dichiarare

---

<sup>184</sup> In tale evenienza, ai sensi dell'art. 26, comma 5, «nessun giudice della Camera che ha pronunciato la sentenza può essere presente nella Grande Camera, ad eccezione del presidente della Camera e del giudice che ha partecipato alla stessa Camera in relazione all'Alta Parte contraente in causa».

<sup>185</sup> Ai sensi dell'art. 47, infatti «La Corte può, su richiesta del Comitato dei Ministri, fornire pareri consultivi su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli»: pareri che comunque «non devono riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti» convenzionali, né «altre questioni che la Corte ... si troverebb[e] a dover giudicare in seguito alla presentazione di un ricorso». Sull'ammissibilità, ex art. 47, delle richieste di parere decide la Corte stessa (art. 48). Il parere, che verrà trasmesso al Comitato, è motivato, e, qualora «non esprim[a] in tutto o in parte l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice avrà diritto di unirvi l'esposizione della sua opinione individuale» (art. 49).

<sup>186</sup> Art. 28 della Convenzione cit..

<sup>187</sup> Ai sensi dell'art. 35: «[1] La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva. [2] La Corte non accoglie alcun ricorso inoltrato sulla base dell'articolo 34, se: a è anonimo; oppure b è essenzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto a un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi. [3] La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che: a il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo; o b il ricorrente non ha subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno. [4] La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni stato del procedimento».

irricevibili i ricorsi (individuali) non più solo qualora ritenga «che il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo», ma anche qualora reputi che il ricorrente non ha subito alcun danno rilevante, a meno che il rispetto dei diritti dell'Uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli non esiga un esame del ricorso per quanto riguarda il merito e a patto di non rigettare, per questa ragione, alcuna causa che non sia stata debitamente esaminata da un tribunale interno..

I ricorsi governativi e i ricorsi individuali che non siano stati dichiarati irricevibili o cancellati dal ruolo vengono sottoposti a una Camera, la quale potrà a sua volta<sup>188</sup>: o dichiarare irricevibile la questione<sup>189</sup>; oppure – fino al momento della sentenza – deferirla alla Grande Camera, qualora essa sollevi «gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischia di condurre ad una contraddizione con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte»<sup>190</sup>; oppure, infine, deciderla nel merito. Quanto al rapporto tra la decisione di ricevibilità e la decisione di merito, l'art. 29, comma 2, prevede che «Salvo diversa decisione della Corte in casi eccezionali, la decisione sulla ricevibilità è adottata separatamente» da quella sul merito. La prassi, tuttavia, si è orientata nel senso della decisione congiunta. L'art. 38 prevede che quando dichiara che il ricorso è ricevibile, la Corte [in questo caso s'intende la Camera] procede all'esame della questione in contraddittorio con i rappresentanti delle Parti e, se del caso, ad un'inchiesta per la quale tutti gli Stati interessati forniranno tutte le facilitazioni necessarie ai fini della sua efficace conduzione.

Il successivo art. 39 prevede che la «Corte si mette a disposizione degli interessati al fine di pervenire ad un regolamento amichevole della controversia che si fondi sul rispetto dei diritti dell'uomo quali sono riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli». Il comma 2 prevede che la procedura volta al regolamento amichevole sia riservata.

---

<sup>188</sup> Art. 29 della Convenzione cit..

<sup>189</sup> Art. 37, comma 1: «In ogni momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo quando le circostanze consentono di concludere: a. che il ricorrente non intende più mantenerlo; oppure b. che la controversia è stata risolta; oppure c. che non è più giustificato, per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, proseguire l'esame del ricorso. Tuttavia la Corte prosegue l'esame del ricorso qualora ciò sia richiesto dal rispetto dei Diritti dell'Uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli». Si precisa al secondo comma che «La Corte può decidere una nuova iscrizione al ruolo di un ricorso quando ritenga che ciò è giustificato dalle circostanze».

<sup>190</sup> Art. 30 della Convenzione cit..

Coerentemente, ai sensi dell'art. 39, «In caso di regolamento amichevole, la Corte cancella il ricorso dal ruolo mediante una decisione che si limita ad una breve esposizione dei fatti e della soluzione adottata».

Al di fuori del caso appena evidenziato, e salva diversa decisione della Corte per circostanze eccezionali, l'udienza è pubblica; anche «I documenti depositati presso l'ufficio di cancelleria sono accessibili al pubblico a meno che il presidente della Corte non decida diversamente»<sup>191</sup>.

L'art. 36, inoltre, dispone che «Per qualsiasi questione all'esame di una Camera e o della Grande Camera, un'Alta Parte Contraente il cui cittadino sia ricorrente ha diritto di presentare osservazioni per iscritto e di partecipare alle udienze» e che, «nell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte Contraente che non sia parte in causa od ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze».

Per quanto concerne gli effetti delle sentenze definitive – che sono immediatamente tali se prese dalla Grande Camera, e in linea di principio lo divengono, se prese dalla Camera, tre mesi dopo la loro pronuncia – occorre anzitutto rifarsi alla fondamentale previsione di cui all'art. 41: se «[...] dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo imperfetto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

Quanto alla forza vincolante e alla esecutività delle sentenze, gli Stati hanno l'obbligo di conformarsi alle pronunce della Corte nelle controversie in cui sono parti, e l'esecuzione di tali sentenze è sorvegliata dal Comitato dei Ministri<sup>192</sup>.

I problemi relativi agli effetti (diretti e indiretti) delle sentenze della Corte europea sono numerosi, complessi e di enorme rilievo. In proposito si rinvia senz'altro alle considerazioni che saranno svolte in seguito, anche in relazione all'importantissima recente evoluzione della giurisprudenza della Corte (e della prassi del Comitato dei ministri).

In conclusione, si riporta il primo comma dell'art. 45 per il quale «le sentenze e le decisioni che dichiarano i ricorsi ricevibili o irricevibili devono essere motivate» ma,

---

<sup>191</sup> Art. 40 della Convenzione cit.

<sup>192</sup> Art. 46 della Convenzione cit. La funzione di monitoraggio svolta dal Comitato sarà oggetto di approfondimento nel cap. III, par. II.3.1.

soprattutto, il secondo comma della medesima disposizione che prevede la possibilità di rendere pubblica la *dissenting opinion*: «se la sentenza non esprime in tutto o in parte l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice avrà diritto di allegarvi l'esposizione della sua opinione individuale».

## II.6 Il parametro utilizzato dalla Corte di Strasburgo

I parametri di riferimento della Corte europea sono costituiti dalla Convenzione e dai vari Protocolli addizionali<sup>193</sup>. Questi ultimi estendono la sfera dei diritti protetti dalla Convenzione e possono entrare in vigore anche tra un numero limitato di Parti contraenti; rientrano in tale categoria il Protocollo n.1 che protegge la proprietà ed i beni, il diritto all'istruzione ed il diritto a libere elezioni (Parigi, 20 marzo 1952, STE n. 9); il Protocollo n. 4 che stabilisce il divieto di imprigionamento per debiti, la libertà di circolazione, il divieto di espulsione dei cittadini (Strasburgo, 16 settembre 1963, STE n. 46); il Protocollo n. 6 che stabilisce il divieto della pena di morte in tempo di pace (Strasburgo, 28 aprile 1983, STE n. 114); il Protocollo n. 7 relativo a garanzie procedurali in tema di espulsione di stranieri, a più ampie garanzie nel processo penale ed alla parità tra coniugi (Strasburgo, 22 novembre 1984, STE n. 117); il Protocollo n. 12 relativo al divieto generale di discriminazione (Roma, 4 novembre 2000, STE 177) ed infine il Protocollo n. 13 che impone il divieto della pena di morte anche in tempo di guerra (Strasburgo, 3 maggio 2002, STE n. 187).

I protocolli di emendamento tendono a modificare il meccanismo procedurale della Convenzione e, a differenza di quelli addizionali, richiedono come *conditio sine qua non*

---

<sup>193</sup> I Protocolli II e III (entrati in vigore il 21 settembre 1970), V (entrato in vigore il 20 dicembre 1971), VIII (entrato in vigore il 1° gennaio 1990), IX (entrato in vigore il 1° ottobre 1994) e X (mai entrato in vigore) riguardano aspetti procedurali e sono stati superati dal XI Protocollo, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 ed entrato in vigore il 1° novembre 1998, mentre i Protocolli I ("Protocollo addizionale", entrato in vigore il 18 maggio 1954), IV (entrato in vigore il 2 maggio 1968), VI (entrato in vigore il 1° marzo 1985), VII (entrato in vigore il 1° novembre 1988), XII (entrato in vigore il 1° aprile 2005) e XIII (entrato in vigore il 1° luglio 2003) hanno aggiunto altri diritti (in particolare, il primo protegge la proprietà e decreta il diritto all'istruzione e a libere elezioni e il tredicesimo prevede l'abolizione della pena di morte in ogni circostanza). È da poco entrato in vigore il Protocollo XIV, firmato il 13 maggio 2004 e che consente a organizzazioni internazionali come l'Unione europea di diventare parte della Convenzione. L'Unione, che in quel momento non aveva la competenza a stipulare l'accessione alla CEDU, ha acquistato nello specifico tale possibilità ai sensi dell'articolo 6 comma 2 del Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009 (vedi *infra*).

per la loro entrata in vigore la ratifica da parte di tutti gli Stati Parti della Convenzione. Nell'ambito di tale categoria rientrano i seguenti protocolli: 3, 5, 8, 10, 11, e 14.

Come precedentemente sottolineato, il protocollo n. 11 rappresenta la chiave di volta del sistema di protezione giudiziaria dei diritti dell'uomo ideato nel 1950, comportando il superamento dei precedenti protocolli di emendamento.

Per quel che concerne il catalogo convenzionale dei diritti – sviluppato e sostanzialmente ampliato nel corso degli anni dalla giurisprudenza di Strasburgo – esso comprende tutte le principali figure costituzionali classiche di diritti civili e di libertà, e si caratterizza per la frequente previsione – accanto all'affermazione “positiva” di ciascun diritto – della (in qualche modo complementare) disciplina relativa alle possibili limitazioni e restrizioni che, (solo) a determinate condizioni, possono per quel diritto introdursi.

Inoltre, la pressoché totale assenza, nel testo della Convenzione, di riferimenti a diritti “sociali” è stata, come è noto, parzialmente superata dalla Corte attraverso un utilizzo espansivo di altre disposizioni presenti (ad esempio l'art. 1 del protocollo n. 1 sulla tutela, in senso lato, della proprietà, che ha consentito di tutelare aspettative di prestazioni previdenziali o addirittura assistenziali, e l'art. 14 sul divieto di discriminazioni).

## **II.7 L' oggetto del giudizio innanzi alla Corte**

L'“oggetto” del giudizio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo risulta più esteso di quanto in genere non sia previsto per le Corti costituzionali nazionali nell'esercizio della loro funzione “tipica” di controllo di legittimità costituzionale.

I giudici di Strasburgo, infatti, sono competenti a prendere in considerazione, oltre che qualsiasi tipo di fonte normativa degli Stati membri, anche ogni genere di atto, fatto, e/o semplice omissione, direttamente o indirettamente riconducibile ai poteri pubblici di uno degli Stati contraenti, che sia in grado di ledere i diritti e le libertà previste dalla Convenzione EDU e dai suoi Protocolli aggiuntivi.

Relativamente a tali possibilità, possono ricordarsi in via esemplificativa la sentenza del 20 ottobre 2005, *United Macedonian Organization Ilinden e Ivanov c. Bulgaria*, (ric. n. 44079/98) in cui, con riguardo all'art. 11 della CEDU (libertà di riunione e di

associazione), la Corte ha ricordato che il diritto di manifestare non implica semplicemente un divieto di interferenza da parte degli Stati, ma anche un obbligo positivo di questi ultimi di rendere concretamente possibile e sicuro l'esercizio del diritto, in particolare prevenendo la minaccia di azioni perturbatrici e proteggendo la riunione da aggressioni di altri manifestanti; e la di poco successiva sentenza del 22 novembre 2005, *Ramos c. Portogallo*, (ric. n. 73229/01), nella quale, sulla scia di una consolidata giurisprudenza, la Corte ha condannato le autorità portoghesi per violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) a causa dell'inadeguatezza delle misure adottate dallo Stato (consistenti, nel caso *de qua*, in una sanzione economica di modesto ammontare) per garantire l'effettività del diritto di un padre separato di visitare il figlio affidato alla madre. Di notevole interesse risulta essere anche una decisione del 20 marzo 2008, (ricc. 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02), con cui la Corte ha condannato la Russia – per violazione dell'art. 2 della CEDU – in quanto le autorità non erano state in grado di prevenire una serie di frane di fango e di assistere la popolazione, così da evitare la morte di diverse persone, pur essendo ben noto da decenni il verificarsi stagionale del fenomeno.

## **II.8 La dottrina del “margine di apprezzamento”**

La dottrina<sup>194</sup> del “margine di apprezzamento”, nonostante sia priva di fondamenti espliciti nel testo della Convenzione o nei lavori preparatori, risulta uno degli elementi più interessanti del modo di operare della Corte di Strasburgo.

La dottrina del margine di apprezzamento indica lo spazio lasciato agli Stati nell'applicazione della Convenzione per bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali. Quale organo garante della Convenzione, la Corte di Strasburgo è, pertanto, chiamata a vigilare sul rispetto da parte degli Stati dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, ma compie tale opera lasciando un

---

<sup>194</sup> Alcuni autori criticano l'utilizzo del concetto di «dottrina» a proposito del margine di apprezzamento, in quanto non si tratterebbe di un insieme di principi con una coerenza teorica, ma di un approccio metodologico o di una tecnica giudiziale. Per un'analisi di tale problematica cfr. TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.. Tuttavia, nella presente relazione, si parlerà di «dottrina del margine di apprezzamento» per l'invalso uso di tale locuzione e per comodità espositiva.

marginale di deroga che consenta agli stessi il perseguimento di altri interessi statali, nonché uno spazio di scelta e valutazione di questi ultimi.

La continua tensione tra l'essenza universale dei diritti fondamentali e le diversità dei contesti in cui ciascuno vive (senza, tuttavia, cedere alla facile tentazione di privilegiare uno dei due poli), hanno costituito una sorta di volano per la dottrina del margine d'apprezzamento che può essere definito come quel grado di deferenza o di errore concesso agli Stati prima che la Corte di Strasburgo sia pronta a dichiarare che il rimedio statale costituisce una violazione della Convenzione<sup>195</sup>.

Il margine di apprezzamento è così radicato all'interno delle decisioni della Corte della CEDU che rileva ogniqualvolta venga in evidenza una questione di bilanciamento tra gli interessi fondamentali dei ricorrenti e quelli dei singoli Stati.

Prima di addentrarci nell'analisi delle casistiche che riguardano la dottrina del margine di apprezzamento è interessante rilevare come in dottrina si sia istituito un parallelismo tra la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Corte costituzionale; e, più nello specifico, tra il ruolo della dottrina del margine di apprezzamento e quello dello «strumento del giudizio sulla ragionevolezza»<sup>196</sup>.

Il margine di apprezzamento è stato utilizzato inizialmente in questioni concernenti la sicurezza nazionale, a proposito dell'applicazione dell'articolo 15 CEDU, il quale consente agli Stati di derogare alle obbligazioni convenzionali in caso di guerra o estremo pericolo per la nazione. Nella pronuncia *Grecia c. Regno Unito*<sup>197</sup> la Commissione dei diritti dell'uomo sanciva che deve essere lasciata allo Stato una certa discrezionalità nel valutare la ricorrenza degli estremi di urgenza che consentono di applicare l'articolo 15 e le misure richieste dalle esigenze della situazione. Anche in *Lawless c. Irlanda*<sup>198</sup> la Corte riconosceva che nella determinazione circa la sussistenza di una situazione di emergenza, idonea a giustificare la sospensione della Convenzione, deve essere lasciato un certo margine di apprezzamento al governo. La Corte rimetteva dunque decisioni di tale importanza nelle mani degli Stati, considerandoli in una posizione migliore per effettuare le

---

<sup>195</sup> TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, op. cit., p. 147.

<sup>196</sup> DONATI F., MILAZZO P., *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., pp. 111-112.

<sup>197</sup> Corte europea dei diritti umani (Commissione), *Grecia c. Regno Unito* (caso Cipro), ricorso n. 176/56, decisione del 2 giugno 1956.

<sup>198</sup> Corte europea dei diritti umani (Commissione), *Lawless c. Irlanda*, ricorso n. 332/57, decisione del 30 agosto 1958.



necessarie valutazioni.

Successivamente, il *landmark* case *Handyside* segna l'utilizzo di tale tecnica nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali come strumento per tenere conto del pluralismo delle concezioni morali presente nell'ambito dei diversi Stati membri del Consiglio d'Europa. Il caso trae origine dalla condanna del signor Handyside, da parte delle Inner London Quarter Sessions, per la detenzione ai fini della pubblicazione di un libro contenente immagini giudicate oscene. Il signor Handyside aveva, dunque, fatto ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando una violazione del proprio diritto alla libertà di espressione, di cui all'articolo 10 CEDU. In altri termini, si trattava di effettuare un bilanciamento tra la libertà di espressione e le esigenze della morale. Nel caso di specie, la Corte pertanto riconosceva che, in presenza di una pluralità di concezioni morali, è necessario lasciare agli Stati un margine di apprezzamento nell'applicazione dell'art. 10 CEDU<sup>199</sup>.

Oltre alla libertà di espressione, frequenti applicazioni della dottrina del margine di apprezzamento si ritrovano a proposito di alcune disposizioni che rinviano a scelte discrezionali dello Stato circa le modalità di tutela del diritto in questione: si tratta delle norme relative al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, coscienza e religione (art. 9), alla libertà di riunione e associazione (art. 11) e al diritto al matrimonio (art. 12), nonché dell'articolo 1 del Protocollo 1, relativo al diritto di proprietà. Sebbene non sia dato riscontrare una esplicita legittimazione della dottrina del margine di apprezzamento nel testo della CEDU, il rinvio alla legge nazionale per quanto riguarda le limitazioni o le modalità di esercizio di tali diritti rende quasi implicita la previsione dell'operatività del margine di apprezzamento nella formulazione di tali disposizioni, in quanto risulta evidente lo spazio per la scelta e la valutazione degli Stati contraenti. Un largo margine di apprezzamento è poi lasciato agli Stati ove vi siano nozioni caratterizzate da una certa indeterminatezza, quali «*public emergency threatening the life of the nation*» (art. 15), «*persons of unsound mind*» (art. 5.1, e), «*respect for family or private life*» (art. 8) i cui contenuti possono variare da un sistema nazionale all'altro<sup>200</sup>.

Un'ulteriore considerazione circa l'applicazione del margine di apprezzamento nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali deve essere fatta a proposito della

---

<sup>199</sup> Corte europea dei diritti umani, *Handyside c. Regno Unito*, ricorso n. 5493/72, sentenza del 7 dicembre 1976.

<sup>200</sup> Cfr. TANZARELLA P., op. cit., pp. 156 ss..

distinzione tra «diritti assoluti» e diritti «soggetti a limitazioni». I diritti assoluti sono formulati in modo da impedire agli Stati di restringerli, mentre gli altri possono essere limitati in quanto «gli Stati possono definirne e restringerne l'esercizio in base a considerazioni di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, di protezione della salute o di morale pubblica, il cui contenuto e la cui portata sono suscettibili di variare da uno Stato all'altro e da una situazione all'altra, sempreché la restrizione sia giustificata e non abbia la conseguenza di limitare un diritto in modo incompatibile con la sua essenza o di sopprimerlo»<sup>201</sup>. Secondo la tradizionale interpretazione sarebbero diritti assoluti il diritto a non essere sottoposto a tortura o il diritto alla vita, mentre sarebbero soggetti a limitazioni, anche in virtù del contemperamento con altri diritti e interessi, diritti quali, tra gli altri, la libertà di espressione, di associazione, di movimento. Tale distinzione viene presa in considerazione ed enunciata anche dalla giurisprudenza comunitaria<sup>202</sup>. In dottrina vi è chi ritiene che i diritti assoluti siano sottratti alle operazioni di bilanciamento e dunque anche all'applicazione del margine di apprezzamento<sup>203</sup>.

È possibile, tuttavia, riscontrare anche la tesi opposta, secondo la quale la protezione dei diritti assoluti non può prescindere da un'attività di bilanciamento da parte del giudice, che può essere esplicita oppure mascherata all'interno del ragionamento interpretativo<sup>204</sup>.

Anche in quest'ultimo caso vi sarebbe quindi lo spazio per un eventuale margine di apprezzamento lasciato agli Stati.

### **Sezione III. L'Unione europea e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nell'ambito della *multilevel protection***

#### **III.1 I diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario**

---

<sup>201</sup> Cfr. POCAR F., *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in p. BILANCIA-E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004, pp. 8 ss..

<sup>202</sup> Cfr. ad esempio Corte di giustizia delle Comunità europee, *Familiapress*, causa C-368/95, sentenza del 26 giugno 1997; *Promusicae*, causa C-275/06, sentenza del 29 gennaio 2008; *Varec*, causa C-450/06, sentenza del 14 febbraio 2008.

<sup>203</sup> COT J., *Margin of appreciation*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, testo disponibile su [www.mpepil.com](http://www.mpepil.com).

<sup>204</sup> TANCREDI A., *L'emersione dei diritti fondamentali 'assoluti' nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, pp. 644 ss..

Il Trattato che ha istituito la Comunità economico europea<sup>205</sup>, firmato a Roma il 25 marzo 1957, non conteneva alcun riferimento alla problematica concernente la tutela dei diritti fondamentali in quanto esso aveva un aspetto puramente economico e mirava a creare un mercato comune al fine di aumentare la produzione e il benessere generale<sup>206</sup>. «In questo tipo di organizzazione l'individuo veniva quindi in rilievo solo in quanto protagonista del mondo economico in cui cooperavano gli Stati membri». In questa prospettiva le libertà individuali espressamente garantite sono solo «strumentali al raggiungimento degli scopi dei Trattati istitutivi delle comunità europee, e dunque tutelate nei limiti in cui si rendono necessarie a realizzare, vista la natura essenzialmente economica di quest'ultimi, il mercato comune»<sup>207</sup>.

La possibilità che le norme comunitarie potessero, di per sé, interferire con posizioni soggettive giuridicamente tutelate a livello nazionale (e/o costituzionale), oltre ad andare verificata caso per caso, era sempre meno astratta, soprattutto in ragione dell'evoluzione che andava caratterizzando le Comunità: espansione delle competenze da un lato<sup>208</sup>, venir meno progressivo della loro raffigurazione quale organizzazione internazionale di carattere intergovernativo, dall'altro. Così, «Da una Europa legata esclusivamente dai classici vincoli del diritto internazionale si è progressivamente passati alla “organizzazione comunitaria”, organizzazione retta da diritto non internazionale ma sopranazionale<sup>209</sup>». Un'organizzazione sopranazionale, quindi, che, attraverso la cessione di sovranità da parte degli Stati membri, conta tra i destinatari della sua azione non solo tali Stati, ma anche, e sempre di più, gli individui. In un simile contesto, la problematica della tutela della persona in ambito europeo diveniva sempre più pressante: sia in un'ottica, per così dire, garantistica, in quanto attraverso i propri atti le Comunità – non tenute al rispetto e al perseguimento dei

---

<sup>205</sup> Il TCEE, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht è divenuto il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE); con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stato nuovamente trasformato in Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

<sup>206</sup> Cfr. APOSTOLI A., in, *La “Carta dei diritti “dell’Unione europea*, Brescia, 2000, p. 3. Inoltre, come sostiene AQUINO C., *La contaminazione costituzionale dell’Europa. Aspettative e ostacoli verso la metà*, Roma, 2009, p. 28, le motivazioni erano anche politiche; vi era infatti la preoccupazione di dare al processo di integrazione un carattere funzionalistico di qualcosa che non doveva spaventare più di troppo chi si proclamava geloso delle sovranità nazionali. Non va dimenticato, inoltre, che proprio pochi anni prima era stato creato il Consiglio d'Europa, cui erano state affidati problemi di tutela della persona in ambito comunitario: affidare compiti del genere all'Unione all'epoca, dunque, poteva sembrare anche una inutile duplicazione.

<sup>207</sup> Cfr. APOSTOLI A., in, *La “Carta dei diritti “dell’Unione europea*, op. cit.

<sup>208</sup> Cfr. CASSESE S., *La Costituzione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 1991.

<sup>209</sup> Cfr. BARBERA A., *Esiste una Costituzione europea?*, in *Quaderni costituzionali n. 1*, 2000.

valori personalistici, fondamento delle Costituzioni democratiche – avrebbero ben potuto incidere su diritti fondamentali garantiti dalle Costituzioni degli stati membri; sia perché era sempre più evidente la necessità di offrire una sorta di “copertura democratica” alle istituzioni comunitarie per il proseguo della integrazione e per la legittimazione delle stesse agli occhi dell’opinione pubblica.

La tutela della persona assumeva, pertanto, la dimensione di una problematica interna a quella più generale di una revisione dei Trattati, mirante a dare un assetto costituzionale a questa entità sovranazionale.

La consapevolezza dell’insostenibilità di un’integrazione che non tenesse conto dei postulati fondamentali del costituzionalismo democratico e, quindi, della improrogabilità delle esigenze di tutela della persona in ambito comunitario diverrà sempre più forte e troverà le prime risposte nella pronunce della Corte di giustizia.

### **III.2 La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali**

Il titolo del presente paragrafo è significativo di come nell’ambito della Comunità europea prima, e dell’Unione europea, in seguito, la tutela dei diritti umani sia avvenuta per “via giurisprudenziale”.

I Trattati di Parigi e di Roma, infatti, istitutivi delle Comunità europee, originariamente non contenevano alcun catalogo dei diritti fondamentali da tutelare nei confronti delle istituzioni comunitarie, e non veniva neppure fatta menzione della necessità di assicurare tale tutela.

Il “vuoto” dei trattati comunitari in materia di diritti fondamentali (sino all’approvazione della Carta dei diritti) era, sinteticamente, ascrivibile a due motivazioni: la prima è riconducibile al ruolo principe che, nell’ambito del sistema comunitario, spettava alle Costituzioni nazionali ed ai rispettivi giudici nella tutela dei diritti fondamentali; pertanto il “vuoto” dei trattati non era vuoto di tutela, in quanto l’ordinamento comunitario poteva contare sulle particolari attenzioni che le Costituzioni nazionali dedicavano ai diritti dei cittadini<sup>210</sup>; la seconda è da rintracciarsi nella circostanza che in Europa era riconoscibile un chiaro pluralismo culturale in

---

<sup>210</sup> CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione; universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 17.

relazione ai diritti fondamentali. E, ciò, come brillantemente evidenziato da M. Cartabia «non significa mettere in discussione la possibilità di individuare un sostrato di valori comuni ai popoli europei, possibilità già allora documentata dalla approvazione della Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali; ma neppure significa ignorare la specificità culturale di ciascuno dei Paesi membri, che oggi come allora, e forse oggi più di allora, costituisce uno dei tratti distintivi dell'esperienza di integrazione europea nel mondo, e che sul terreno dei diritti fondamentali ha la sua precipua manifestazione»<sup>211</sup>.

La necessità di colmare il vuoto presente a livello comunitario in materia di tutela dei diritti fondamentali, tuttavia, fu avvertita ed espressa da alcuni giudici nazionali; in particolare dalla Corte costituzionale tedesca e dalla Corte costituzionale italiana. I Giudici, infatti, avevano lamentato la difficoltà di garantire i diritti previsti nelle rispettive Carte costituzionali nei confronti del diritto comunitario a causa delle affermazioni del primato del diritto comunitario sulle norme nazionali, comprese quelle di livello costituzionale<sup>212</sup>. Tale *primauté* consentiva agli atti comunitari di derogare alle Costituzioni nazionali, ai loro principi ed ai loro diritti; ed il vuoto di protezione che si veniva a creare non era compensato da analoghi rimedi previsti nell'ordinamento comunitario. Di qui la richiesta, rivolta dai Giudici nazionali alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, di garantire la tutela dei diritti fondamentali previsti e protetti dalle Costituzioni nazionali nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie<sup>213</sup>.

Prima di svolgere una attenta disamina dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte che, dopo una prima fase di sostanziale indifferenza alla materia dei diritti umani, ha deciso di recuperare in via giurisprudenziale un *gap* che si era determinato in tale ambito a causa del silenzio dei trattati, è propedeutico analizzare gli aspetti strutturali e operativi della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

---

<sup>211</sup> CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione; universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, op. cit., pp. 17 ss..

<sup>212</sup> Il principio della *primauté* delle norme europee sulle norme interne è stato per la prima volta esplicitato con le note sentenze *Van Gend & Loos* del 1963 e *Costa/Enel* del 1964.

<sup>213</sup> Per i rilievi in dottrina si rimanda a VON BOGDANDY A., *The European Union as a Human Rights Organization? Human rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1325.; DE WITTE B., *The past and the future role of the European court of Justice in the Protection of Human Rights*, in *The EU and Human rights*, Oxford, 1999, pp. 856 ss.; TESAURO G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992, p.427; PINELLI C., *Judicial protection of Human rights in Europe and the limits of a Judge-made system*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, p.1000.

### III.3 La base normativa: aspetti strutturali e operativi

La composizione della Corte di Giustizia presenta notevoli analogie con quella della Corte di Strasburgo, sicché ad essa possono estendersi molte delle considerazioni svolte in riferimento a quest'ultima nel par. II.3 del presente capitolo.

Secondo quanto previsto oggi dall'art. 19 del Trattato sull'Unione, la Corte di Lussemburgo è composta da un giudice per ogni Stato membro, mentre dagli attuali artt. 251 ss. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione (TFUE) si ricava che il mandato dura sei anni, con un rinnovo parziale ogni tre anni e la possibilità di essere immediatamente rinominati. Il Presidente – che dirige le attività della Corte e presiede le udienze e le deliberazioni delle “formazioni giudicanti” più ampie – è designato per tre anni, con possibilità di rinnovo, da parte della Corte stessa.

Ai sensi dell'art. 253 TFUE i membri della Corte, «scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio, nei rispettivi paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza, sono nominati di comune accordo per sei anni dai governi degli Stati membri, previa consultazione» di un apposito comitato composto, ai sensi dell'art. 255, «da sette personalità scelte» dal Consiglio «tra ex membri della Corte di giustizia e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo»<sup>214</sup>.

Regole identiche o simili valgono per gli Avvocati generali e per i membri del Tribunale di prima istanza.

Come la Corte di Strasburgo, anche la Corte di Lussemburgo opera in diverse composizioni: in *sezioni* (di tre o cinque giudici), in *grande sezione* (formata da tredici giudici, e competente quando lo richieda uno Stato membro o un'istituzione che sia parte in causa, oppure anche, a prescindere da una richiesta di parte, per le cause che siano reputate di particolare importanza o complessità); nonché, in casi eccezionali, in *seduta plenaria*.

---

<sup>214</sup> Per ulteriori dettagli sulle modalità di funzionamento del Comitato e sulla nomina dei relativi membri v. le decisioni del Consiglio 2010/124/UE e 2010/125/UE del 25 febbraio 2010 (in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 27-2-2010).

Un altro importante elemento distintivo rispetto alla Corte di Strasburgo risiede nell'assenza della possibilità di pubblicare le cosiddette *dissenting opinions*<sup>215</sup>. Addirittura, a differenza di quanto avviene in altre Corti, inclusa la Corte costituzionale italiana, la prassi non concede al giudice relatore, in disaccordo rispetto alla decisione presa dalla maggioranza, di sottrarsi dal compito di redigere la sentenza.

La mancata previsione di opinioni separate, e la connessa tendenza a inglobare almeno in parte, all'interno della decisione, l'opinione di tutti i giudici, tendono ad influire sullo "stile argomentativo" delle sentenze che, talora, lamentano l'omissione dei passaggi motivazionali non sufficientemente condivisi e/o l'inserimento di affermazioni non del tutto coerenti con il percorso logico "principale".

### **III.4 Le funzioni**

La circostanza che il giudice comunitario abbia talora interpretato in modo "evolutivo" alcune delle funzioni attribuitegli dalle disposizioni dei Trattati, rende più problematica la loro riepilogazione; tuttavia si tenterà di offrire un quadro completo dell'argomento.

La Corte si pone al centro del sistema comunitario in virtù dell'ampiezza della giurisdizione attribuitale e per la molteplicità delle sue competenze, che comprendono le materie più disparate ed i settori più nevralgici dell'azione comunitaria.

Il Giudice del Lussemburgo è infatti coinvolto nelle più svariate questioni: mediazione degli equilibri tra la Comunità e gli Stati membri e delle istituzioni tra loro; garante della corretta interpretazione dei Trattati; centro propulsore dell'applicazione giudiziaria del diritto comunitario negli Stati membri; garante delle posizioni giuridiche dei dipendenti pubblici comunitari, ed altri ruoli ancora<sup>216</sup>.

Passando alla disamina delle tipologie di giudizio e delle funzioni esercitate dalla Corte di Giustizia (in via esclusiva o, in alcuni casi, in giudizi di appello contro decisioni del Tribunale di primo grado), vanno ricordati: i ricorsi per infrazione, su

---

<sup>215</sup> Cfr. *supra*, par. II.3 del presente capitolo.

<sup>216</sup> Cfr. CALVANO R., *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, p. 94.

istanza della Commissione o di uno Stato membro<sup>217</sup>; le questioni pregiudiziali<sup>218</sup>; i ricorsi per annullamento<sup>219</sup>, azionabili dalle istituzioni comunitarie o dai privati contro atti che li riguardino direttamente e individualmente; i ricorsi in carenza, esperibili anche da parte di ogni persona nei cui confronti si sia omesso di adottare un atto<sup>220</sup>; l'eccezione di illegittimità<sup>221</sup>; le controversie per risarcimento dei danni extracontrattuali causati dalle istituzioni e dagli agenti della Comunità<sup>222</sup>; le controversie in materia di pubblico impiego comunitario<sup>223</sup>; ciò oltre ad alcune ulteriori competenze, tra le quali si deve soprattutto ricordare quella relativa alla richieste di parere (vincolante) sulla compatibilità col Trattato dei progetti di accordi internazionali della Comunità<sup>224</sup>.

Per quanto concerne il Tribunale di primo grado, con sede a Bruxelles, esso è competente a pronunciarsi in prima istanza sui ricorsi per annullamento, in carenza e per risarcimento dei danni proposti da persone fisiche o giuridiche, nonché sulle controversie in materia di pubblico impiego<sup>225</sup>.

Il ruolo affidato al rinvio pregiudiziale nell'ambito di tale sistema è fondamentale soprattutto in relazione al fatto che esso, oltre a consentire alla Corte di svolgere un sindacato interpretativo su tutto il diritto comunitario e un sindacato di validità sul diritto comunitario derivato, ha permesso, lo sviluppo di una forma di indiretto sindacato *sul diritto nazionale*<sup>226</sup>. Tale sindacato assume una valenza speciale, in qualche modo "costituzionale", laddove operato in riferimento ai diritti fondamentali, o meglio (e prescindendo dai profondi cambiamenti derivanti anche sotto questo

---

<sup>217</sup> Cfr. gli artt. 258 e 259 del Trattato di funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

<sup>218</sup> Cfr. l'art. 267 del TFUE.

<sup>219</sup> Cfr. l'art. 263 del TFUE.

<sup>220</sup> Cfr. l'art. 265 del TFUE.

<sup>221</sup> Cfr. l'art. 277 del TFUE.

<sup>222</sup> Cfr. gli artt. 268 e 340 del TFUE.

<sup>223</sup> Cfr. l'art. 270 del TFUE.

<sup>224</sup> Cfr. l'art. 218 del TFUE.

<sup>225</sup> Cfr. l'art. 256 del TFUE.

<sup>226</sup> Tra i tanti, v. al riguardo SORRENTINO F., *L'art. 177 del Trattato di Roma nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 229 ss, ADINOLFI A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997, IVALDI P., *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*, in *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. XXII, Milano, 2002, pp. 233-275, BARBERA A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *BILANCI P., DE MARCO E. (a cura di), La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 91, MANCINI G.F., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, pp. 50-52, 63 ss. e spec. 74-75 e CARBONE S.M., *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, II, pp. 547-558 (spec. pp. 550-551).



profilo dalla piena attribuzione di valore giuridico alla Carta dei diritti, per effetto del Trattato di Lisbona (che nel par. III.5.2.1 di questo capitolo sarà oggetto di approfondita analisi) a quei particolari “principi generali” enucleati dalla Corte allo scopo di attribuire rilievo nell’ordinamento comunitario ai diritti fondamentali. Autorevole dottrina ha, in proposito, sostenuto che «tale tipo di procedura, e la giurisprudenza che grazie ad essa si è formata, ha svolto un ruolo essenziale nel contribuire [...] alla tutela delle posizioni individuali di cui i singoli interessati affermano la titolarità. Tanto che, da ultimo, in occasione del caso Köbler [sent. 30-9-2002, causa C- 224/01] non si è esitato ad osservare che solo in presenza di una giurisprudenza consolidata della Corte, o di una soluzione normativa che non lascia adito ad alcun ragionevole dubbio, è consentito ai giudici nazionali di evitare il ricorso alla procedura pregiudiziale [così che] una decisione contraria alla giurisprudenza della Corte o che da essa si discosti, ignorando l’osservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale, è sufficientemente caratterizzata per essere fatta valere, al fine di ottenere la responsabilità dello Stato al quale appartiene l’organo giudicante, anche da parte ed a vantaggio del soggetto privato che a seguito di tale violazione è risultato pregiudicato. Si tratta, pertanto, di una procedura che è proprio rivolta alla tutela delle posizioni giuridiche individuali il cui fondamento si trova in specifiche disposizioni o [appunto] principi di diritto comunitario»<sup>227</sup>.

Infine, quanto ai ricorsi per annullamento merita di essere segnalata, in relazione ai requisiti di accesso al giudice comunitario per ogni persona fisica o giuridica, l’innovazione introdotta (dapprima nel Trattato Costituzionale ed in seguito) nel Trattato di Lisbona<sup>228</sup>, secondo cui «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre [...] ricorso [non solo] contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardino direttamente e individualmente, [ma anche] contro gli atti regolamentari che la riguardino direttamente e che non comportino alcuna misura d’esecuzione».

### **III.5 Il parametro utilizzato dalla Corte di Giustizia: dalla tutela “giurisprudenziale” alla Carta dei diritti fondamentali**

---

<sup>227</sup> CARBONE S.M., *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, op cit., pp. 550-551.

<sup>228</sup> Cfr. l’art. 263 del TFUE.

Relativamente alla mancanza di una “positivizzazione” della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo ed alle possibili motivazioni di ciò, si è già detto nel Par. 2 di questo Capitolo; peraltro, sotto questo profilo, praticamente nulla è cambiato sino al 1992, quando, a mezzo del Trattato sull’Unione europea – detto Trattato di Maastricht, come la cittadina in cui è stato firmato il 7 febbraio 1992<sup>229</sup> – si è introdotta un’innovazione apprezzabile nel dato normativo che, peraltro, come si evidenzierà, aveva un tenore essenzialmente “confermativo” dei risultati già raggiunti dall’opera suppletiva della Corte di Giustizia.

In relazione a ciò, occorre, dunque, concentrarsi proprio sul percorso seguito dalla Corte in tema di tutela di diritti umani.

In una prima fase, la Corte di giustizia assunse un atteggiamento di sostanziale indifferenza al tema, sostenendo che il Giudice comunitario «deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non è tenuta di regola a pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali»<sup>230</sup>. Tuttavia, tale primo orientamento era destinato ad essere progressivamente modificato; un primo timido segnale di maggiore sensibilità nei confronti della tematica dei diritti fondamentali è ravvisabile nel pronuncia *Van Gend & Loos*, nella quale la Corte riconosce che anche gli individui sono soggetti dell’ordinamento comunitario: «La Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che

---

<sup>229</sup> L’Italia ha ratificato e ordina l’esecuzione di tale trattato con la legge 3 novembre 1992, n. 454.

<sup>230</sup> Sentenza 4 febbraio 1959, *Friederick Stork & Co./ l’Alta Autorità della Comunità europea del carbone e dell’acciaio*, causa 1-58, in *Racc.*, 1958-1959, pp. 44 ss., 60, punto 4 a). La Corte comunitaria registrava, negli anni precedenti alla “svolta”, una sostanziale insensibilità nei confronti dei diritti fondamentali degli Stati membri, le cui disposizioni costituzionali non vengono ritenute di rilievo comunitario. Così, nella richiamata sentenza *Stork* del 1959, al ricorrente tedesco che invocava la conformazione dell’istituzione comunitaria ai principi e ai diritti fondamentali della Costituzione tedesca (in particolare negli artt. 2 e 12 della LFB, di tutela della personalità degli individui e del libero esercizio della propria attività professionale), il Giudice di Lussemburgo replicava che “la Corte deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione ... (per questi motivi) la censura relativa al fatto che l’Alta Autorità ... avrebbe violato i principi fondamentali della Costituzione tedesca ... non può essere presa in considerazione” (Sent. 4 febbraio 1959, *Friedrich Stork et co*, causa 1/58, *Racc.* p. 41 ss). Nella stessa ottica e con maggiore determinazione in una decisione di qualche anno più tardi (sent. 15 luglio 1960, *Uffici di vendita del carbone della Ruhr contro Alta Autorità*, cause riunite 36, 37, 38, 40/59, *Racc.* p. 827 ss.). Di fronte ai ricorrenti che invocavano una situazione di ‘diritto quesito’ fondata sull’art. 14 della LFB, la Corte comunitaria sottolinea in modo che la stessa “non è chiamata a garantire l’osservanza delle norme di diritto interno, sia pure costituzionali, vigenti nell’uno o nell’altro degli Stati membri ... d’altronde, il diritto comunitario, quale risulta dal Trattato CECA, non contiene alcun principio generale, esplicito o implicito, che garantisca il rispetto delle situazioni acquisite”.

riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma i loro cittadini»<sup>231</sup>.

L'inaugurazione della giurisprudenza «eroica»<sup>232</sup> della Corte in materia di diritti fondamentali si ha, in particolare, con la sentenza *Stauder* del 1969, nella quale il giudice comunitario ha affermato che «i diritti fondamentali della persona umana[...] fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza»<sup>233</sup>. Successivamente, nello storico “considerando” della sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>234</sup> la Corte di Giustizia perviene a riconoscere che la «tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza». Pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, per il Giudice comunitario, «la salvaguardia dei diritti fondamentali comunitari deve essere garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità». In quest'ultima pronuncia – che si fonda su una concezione dualista del rapporto fra i due ordinamenti – la Corte di Giustizia, al fine di poter determinare il contenuto materiale dei principi generali del diritto comunitario, ricorre al concetto delle “tradizioni costituzionali comuni agli stati membri”, riconoscendo, per la prima volta, che di essi fa parte integrante la tutela dei diritti fondamentali.

In tal modo, la Corte introduceva per la prima volta e per via giurisprudenziale una forma di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario, in risposta alle insistenti richieste delle Corti nazionali. Sebbene la tutela offerta dalla Corte di giustizia non coincidesse perfettamente con quella assicurata dalle Costituzioni nazionali, essendo queste ultime fonte di ispirazione per il giudice comunitario, la Corte interveniva a colmare un vuoto ritenuto ormai intollerabile.

Con la successiva sentenza *Nold*<sup>235</sup>, seguendo lo stesso *iter* argomentativo, la Corte di

---

<sup>231</sup> Sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos/Amministrazione olandese delle imposte*, in *Racc.*, 1963 7 ss.

<sup>232</sup> Così CARTABIA M., *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti*, R. BIFULCO, M. CARTABIA, M. CELOTTO (a cura di), Il Mulino, 2001, p. 13. L'Autrice enfatizza l'opera creativa della Corte la quale, attraverso successive pronunce, superando spesso il limite della competenza, fa emergere un catalogo dei diritti fondamentali che, pur privilegiando i diritti aventi contenuto economico, quale il diritto di proprietà, al tutela dell'impresa, nonché altri diritti che si ricollegano alla libera circolazione per il riconoscimento dei diritti civili quali il rispetto della vita privata, la libertà di espressione, al libertà di domicilio, al libertà religiosa.

<sup>233</sup> Sentenza 12 novembre 1969, *Erich Stauder c. città di Ulm-Sozialamt* (questione pregiudiziale), causa 29/69, in *Racc.*, 419ss. La dottrina ha rilevato come «la salvaguardia del patrimonio comune dei diritti rappresenta, entro certi limiti, un bilanciamento del principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto degli Stati membri», MANGIAMELI S., *Integrazione europea e diritto costituzionale*, Milano, 2001.

<sup>234</sup> Sent. 17/12/1970, causa 11/70, in *Racc. Uff.* 1970, p. 1125.

<sup>235</sup> Nella Sentenza 14 maggio 1974, *J. Nold, Kohlen-und Baustoffgroßhandlung c. Commissione delle*

Giustizia ha ampliato il novero delle sue fonti di ispirazione, affiancando alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri anche «i trattati internazionali cui questi hanno aderito». Benché ancora non espressamente citato, il riferimento è alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, cui la Corte di Giustizia fa espresso richiamo solo nella successiva sentenza *Rutili*<sup>236</sup>, ed in particolare agli artt. 8, 9, 10, 11 della C.E.D.U., nonché all'art. 2 del Protocollo n. 4 della medesima Convenzione.

Il riferimento della Corte alla Convenzione in discorso diverrà più diretto e costruttivo in successive pronunce del giudice comunitario sino a trovare un appiglio testuale nell'articolo F del trattato di Maastricht (oggi abrogato) il quale prevedeva: «L'unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

Sul finire degli anni settanta, dunque, grazie alla giurisprudenza ardita della Corte di Lussemburgo, si è assistito all'emergere progressivo di un «secondo polo giudiziario in Europa incaricato di assicurare, tra l'altro, la protezione dei diritti dell'uomo, sebbene in ambito più ristretto rispetto a quello della Corte CEDU»<sup>237</sup>.

Ciò nonostante, corre l'obbligo di enfatizzare la peculiarità del sistema di tutela dei diritti fondamentali così come concepito dal giudice comunitario rispetto all'ordinamento CEDU: si tratta di un «riconoscimento relativizzato»<sup>238</sup> dei diritti dell'uomo, sia rispetto all'esigenza di garantire il perseguimento da parte delle Istituzioni europee degli obiettivi comunitari che rispetto alle «pretese in conflitto nella medesima fattispecie del diritto europeo»<sup>239</sup>. Il giudice comunitario, in molteplici

---

*Comunità europee*, causa 4/73, in *Racc.*, 1974, pp. 491 ss., la Corte afferma che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza. La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di tali Stati. I Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario».

<sup>236</sup> Sentenza 28 ottobre 1975, *Roland Rutili c. Ministre de l'Intérieur* (questione pregiudiziale), causa 36/75, in *Racc.*, 1975, pp. 1219 ss., punto 32. Il richiamo alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo è stato facilitato dalla ratifica della Convenzione da parte della Francia nel 1974.

<sup>237</sup> BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Giappichelli, 2004, p. 21.

<sup>238</sup> MANGIAMELI S., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo*, in *Ibidem*, *L'esperienza costituzionale europea*, Aracne, 2008, p. 330.

<sup>239</sup> *Ibidem*.

pronunce ha precisato che i diritti fondamentali «non si configurano [...] come prerogative assolute», in quanto «possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscono, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti»<sup>240</sup>.

Sulla base delle osservazioni sin qui condotte, si può concludere che la Corte di giustizia ha costruito in via giurisprudenziale un sistema di tutela dei diritti dell'uomo seguendo tre principali direttrici: in primo luogo, essa ha identificato due precipue fonti di ispirazione, le tradizioni costituzionali comuni e i trattati internazionali, in specie la Convenzione europea dei diritti dell'uomo; in secondo luogo la Corte ha attribuito a tali fonti il rango di principi generali del diritto europeo, in grado dunque, di assurgere a parametro di legittimità degli atti delle Istituzioni nonché degli atti nazionali adottati in esecuzione di norme comunitarie; infine la Corte ha precisato che le fonti di ispirazione per la tutela dei diritti fondamentali, non costituiscono «una semplice assunzione rigida di un dato normativo esterno» bensì esse vengono contestualizzate nell'ordinamento europeo al fine di plasmare i diritti fondamentali la cui tutela sarà sottoposta ad un bilanciamento con le altre disposizioni del diritto europeo, pur sempre in ottemperanza ai principi di proporzionalità e di salvaguardia del contenuto essenziale dei diritti<sup>241</sup>.

La teoria europea dei diritti dell'uomo, elaborata dal giudice comunitario sembra aver contribuito alla formazione di un vero e proprio diritto costituzionale, in grado di funzionare come limite alla legislazione europea<sup>242</sup>. Se da un canto, l'inaugurazione dello “spazio costituzionale europeo” è avvenuta in via giurisprudenziale, grazie alla formidabile creatività della Corte, dall'altro il suo progressivo consolidamento si è verificato attraverso i molteplici tentativi di codificazione dell'*acquis* giurisprudenziale in un *Bill of Rights* europeo.

Tuttavia, prima di analizzare la Carta che fu solennemente proclamata a Nizza nel dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, è doveroso aprire una piccola parentesi al fine di considerare l'”innovazione” operata

---

<sup>240</sup> Sentenza 11 luglio 1989, *Schröder*, causa 265/87, in *Racc.*, 2237, punto 15 della motivazione; sentenza 8 aprile 1992, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, in *Racc.*, 1992, I, 2575.

<sup>241</sup> MANGIAMELI S., *L'esperienza costituzionale europea*, op. cit., p. 329.

<sup>242</sup> Si veda CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit..

dalla Corte di Giustizia nella Sentenza *Kreil*<sup>243</sup> – in un momento, peraltro, di poco precedente alla proclamazione della Carta dei diritti fondamentali ed in presenza di un clima di «*euforia costituzionale*»<sup>244</sup> per il primo esperimento costituzionale dell'Unione europea – in cui i Giudici del Lussemburgo obbligarono per la prima volta uno Stato membro a modificare la propria Costituzione nazionale per adeguarsi ad un principio costituzionale dell'Unione.

Nel caso *Kreil* la Corte di giustizia è stata investita del potere di valutare il conflitto normativo tra alcune disposizioni del diritto tedesco e uno dei principi fondamentali dell'Unione Europea, quello del divieto di discriminazione in base al sesso, come testualmente sancito nella Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976 (1976/207/Cee)<sup>245</sup>. L'ordinamento tedesco all'epoca, infatti, prevedeva che le donne non potevano essere ammesse a svolgere un servizio nelle forze armate che comportasse l'impiego delle armi. Tale limitazione all'arruolamento delle donne derivava da una interpretazione consolidata dell'articolo 12 del *Grundgesetz*, secondo cui il servizio militare obbligatorio poteva essere imposto solo agli uomini, mentre le donne potevano essere chiamate - nel corso di uno stato di difesa e nel caso in cui non vi fosse possibilità di impiegare volontari - per bisogni inerenti a servizi di natura civile negli ospedali e nelle strutture sanitarie, fermo restando il divieto generale di svolgere un'attività che comportasse l'uso delle armi. Sostanzialmente, pertanto, il caso in esame riguardava un conflitto tra una norma della Costituzione tedesca, l'articolo 12 del Gg, e un principio fondamentale del diritto comunitario, qual è il divieto di discriminazione sulla base del sesso. Nonostante ciò, la Corte, ha evitato accuratamente di sottolineare il tono costituzionale della vicenda, evidenziando, invece, ai fini del giudizio, il contrasto di contenuto tra il diritto tedesco e quello europeo<sup>246</sup>. E sulla base dell'analisi dei contenuti, la Corte di giustizia non incontra ostacoli a dichiarare che le normative tedesche non rispettano i canoni del principio di eguaglianza, o meglio che la richiamata Direttiva comunitaria «osta all'applicazione

---

<sup>243</sup> Corte di Giustizia, decisione 11 gennaio 2000, C-285/1998, *Tanja Kreil*.

<sup>244</sup> CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit., p. 38..

<sup>245</sup> In relazione al diritto comunitario che si assumeva violato dalla norma di attuazione dell'art. 12 del Gg, giova evidenziare come la sentenza si incentri quasi esclusivamente sulla direttiva del 1976, senza menzionare né le disposizioni del trattato che impongono il divieto di discriminazione sulla base del sesso (art. 141 Trattato Ce), né le proprie precedenti decisioni in cui si era insistentemente evidenziato il carattere fondamentale del principio di eguaglianza, anche come principio non scritto dell'ordinamento comunitario.

<sup>246</sup> NINATTI S., *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 468.

di norme nazionali, come quelle del diritto tedesco, che escludono in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi e che ne autorizzano l'accesso soltanto ai servizi di sanità e alle formazioni di musica militare».

Utilizzando le parole di Marta Cartabia, la decisione *Kreil* fa emergere una Corte di giustizia «meno circospetta rispetto al passato, che non si sottrae ad una scelta destinata ad esigere una revisione costituzionale da parte della Germania» che, infatti, a seguito della decisione resa dal giudice comunitario ha poi modificato il testo dell'articolo 12 del *Grundgesetz*.  
Altra circostanza che emerge da tale pronuncia è relativa agli effetti della codificazione dei diritti sulla giurisprudenza di Lussemburgo; anche se non ancora in vigenza, la disponibilità di un catalogo scritto di diritti fondamentali aveva contribuito ad esaltare il ruolo delle Corti di Giustizia come Corte costituzionale dell'Unione europea, anziché mortificarne la capacità interpretativa e creativa. In altre parole, gli effetti della Carta sulla Corte di Giustizia furono di potenziamento e non di ridimensionamento del ruolo costituzionale che si era “costruita”<sup>247</sup>.

Nel considerare gli effetti di tale innovativa pronuncia della Corte è necessario, tuttavia, considerare come i contenuti del conflitto sottoposto alla Corte non fossero particolarmente spinosi; il principio di eguaglianza sulla base del sesso, infatti, era uniformemente accettato in tutti gli Stati membri, specie nella sua accezione di divieto di discriminazione; inoltre, l'apertura delle forze armate alle donne, esprimeva una tendenza generale verso la quale stavano convergendo tutti i Paesi membri.

### **III.5.1 Dal progetto Spinelli al Trattato di Maastricht: la prima legittimazione formale dell'opera della Corte con il crisma della norma scritta**

La tutela dei diritti dell'uomo promossa in via pretoria dalla Corte di giustizia ha avuto un'eco positiva nel panorama istituzionale europeo, incentivandone la progressiva codificazione.

Un primo riferimento testuale ai diritti fondamentali si trova nel «Progetto Spinelli», vale a dire il progetto di Trattato sull'Unione Europea approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984 ma destinato all'insuccesso: il Trattato non solo

---

<sup>247</sup> CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione; universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, op. cit., p. 37.

individuava in modo preciso e dettagliato i diritti da garantire (politici, civili, economici, culturali e sociali), richiamando per la loro tutela le tradizioni costituzionali degli Stati membri, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e la Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1981, ma sanciva anche l'obbligo della Comunità di deliberare entro cinque anni l'adesione ai predetti strumenti internazionali al fine di incorporarli nell'ordinamento comunitario<sup>248</sup>. Tali previsioni naufragarono insieme all'intero progetto Spinelli e, solo nel 1987 l'Atto Unico Europeo ispirandosi al nuovo orientamento propositivo della giurisprudenza comunitaria in materia, nonché al sopramenzionato progetto, iscrisse per la prima volta i diritti fondamentali nel suo Preambolo: gli Stati membri si impegnano «a promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale»<sup>249</sup>. A tali dichiarazioni, tra l'altro prive di effetto giuridico, non seguì nessuna codificazione dei diritti dell'uomo<sup>250</sup>. Un ulteriore tentativo di «catalogazione» dei diritti fondamentali è stato esperito dal Parlamento europeo con la Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali il 12 aprile 1989, in attuazione del Progetto Spinelli che, come già osservato, all'articolo 4 auspicava la redazione un catalogo di diritti fondamentali a breve termine.

Ma, il primo appiglio testuale vincolante alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali si è avuto con il Trattato di Maastricht firmato il 7 febbraio 1992. L'articolo F del TUE (oggi, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non più in vigore) affermava infatti – in modo peraltro molto generale ed essenziale – che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto

---

<sup>248</sup> Article 4 (Droits fondamentaux) du Projet de traité instituant l'Union européenne, dans Bulletin des Communautés européennes. Février 1984, n° 2, p. 8-26.

<sup>249</sup> In GUCE L-169 del 29 giugno 1987.

<sup>250</sup> Per una disamina della problematica del richiamo ai diritti fondamentali nell'Atto Unico si rinvia a TIZZANO A., *La Corte di Giustizia e l'Atto unico europeo*, in *Foro it.*, 1988. Si veda inoltre, MANCINI F., *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1989, p. 9.



comunitario». La norma in parola si presenta sotto la duplice veste di norma di principio, poiché “positivizza” i valori fondamentali cui si informa l’Unione, e di norma giuridica in quanto espressione normativa del principio del rispetto dei diritti dell’uomo<sup>251</sup>.

La nuova dimensione europea di salvaguardia dei diritti fondamentali inaugurata formalmente dal Trattato di Maastricht ha trovato un ulteriore punto di forza nell’istituto della cittadinanza europea prevista dall’articolo 8 del Trattato in parola ed attualmente disciplinata dagli articoli 20-23 del TUE. Senza entrare nei dettagli contenutistici dell’istituto in questione<sup>252</sup>, occorre rilevare come la cittadinanza europea diventando «fonte di alcuni importanti diritti che trascendono la sfera meramente economica»<sup>253</sup>, ha consentito di passare da una tutela internazionale dei diritti ad una costituzionale. L’istituzione della cittadinanza europea sembra aver sancito, dunque, il passaggio «dall’Europa dei mercati all’Europa dei cittadini»<sup>254</sup>, «dal Marksburger all’Unionsurger»<sup>255</sup>, conferendo al singolo individuo un nuovo status giuridico, pur sempre aggiuntivo rispetto a quello di cittadino nazionale<sup>256</sup>. Ad onta del suo carattere derivato e complementare, la cittadinanza europea costituisce «la radice di un più profondo senso dell’unità europea, segno della crescita di una polis adatta ai bisogni della collettività umana che ne sta alla base»<sup>257</sup>. La portata rivoluzionaria delle novità introdotte dal Trattato di Maastricht in tema di diritti

---

<sup>251</sup> Cfr. MANGIMELI S., *Integrazione europea e diritto costituzionale*, op. cit., p. 65.; GAJA G., *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. Intern.*, 1988, p. 574.; NASCIBENE B., *Brevi riflessioni in tema di diritti fondamentali, cittadinanza e sussidiarietà nel Trattato sull’Unione europea*, in *Dir. Com. scambi intern.*, 1994, p. 233.

<sup>252</sup> Corre l’obbligo di precisare che un primo impulso formale all’introduzione dell’istituto della cittadinanza si ebbe dal governo spagnolo durante la Conferenza intergovernativa sull’unione politica; tuttavia, tale proposta era stata preceduta da numerosi altri progetti, dei quali il primo fu presentato dalla delegazione italiana al vertice europeo di Parigi del 1972. Per una disamina approfondita del contenuto dell’istituto della cittadinanza nonché delle tappe fondamentali seguite dall’Unione nel riconoscimento di tale diritto si rinvia a MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne*, CASSESE A., *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell’Europa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1996, 869 ss.; CARTABIA M., *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur., Aggiorn.*, 1996; AZZENA L., *L’integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino 1998, p. 49 ss.; BARTOLE S., *La cittadinanza e l’identità europea*, in *Quad. Cost.*, 2000.

<sup>253</sup> RIDOLA P., *Diritti di libertà e mercato nella «Costituzione europea»*, in *Q. Cost.*, 1, 2000, p. 17.

<sup>254</sup> AZZENA L., *L’integrazione attraverso i diritti: dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 58.

<sup>255</sup> MANGIAMELI S., *L’esperienza costituzionale europea*, op. cit., p. 327.

<sup>256</sup> L’articolo 20, comma 1 TUE, statuisce, infatti, quanto segue: «è istituita una cittadinanza dell’Unione. E’ cittadino dell’Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell’Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest’ultima».

<sup>257</sup> LA PERGOLA A., *L’Unione attraverso la cittadinanza europea*, in *La cittadinanza europea*, 1/2002, p. 89.

fondamentali scontava, tuttavia, un duplice profilo di incompiutezza: da un canto mancava nel Trattato in parola un catalogo dei diritti fondamentali; dall'altro, nessun meccanismo di garanzia era predisposto per l'effettiva tutela degli stessi. Come è noto il «momento della scrittura» de diritti fondamentali in un apposito atto avverrà solo con la Carta di Nizza proclamata per la prima volta nel dicembre 2000. Quanto al secondo *vulnus*, i Trattati di Amsterdam (firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999) e di Nizza (firmato il 23 febbraio 2001 ed entrato in vigore il 1° febbraio 2003) avevano provveduto a predisporre un sistema sanzionatorio finalizzato a prevenire e reprimere le gravi violazioni dei diritti fondamentali ad opera delle Istituzioni europee e degli Stati membri.

### **III.5.2 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il nuovo orizzonte della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo**

Il percorso di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito della Comunità europea ha raggiunto il suo apice con la solenne proclamazione della Carta dei diritti fondamentali avvenuta a Nizza il 7 dicembre 2000.

Alla base vi era la volontà di capi di Stato e di governo di positivizzare in una Carta i principi generali sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e quelli risultanti dalle "tradizioni costituzionali comuni" dei paesi dell'UE. Inoltre, la Carta doveva includere i diritti fondamentali attribuiti ai cittadini dell'UE, nonché i diritti economici e sociali enunciati nella Carta sociale del Consiglio d'Europa e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, come pure i principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

In tale ottica, nel giugno del 1999 il Consiglio europeo di Colonia, conferì mandato ad una Convenzione affinché redigesse un progetto di carta dei diritti. Il Parlamento europeo (14 novembre 2000) e la Commissione (6 dicembre 2000), approvarono il progetto di carta dei diritti che il 7 dicembre 2000, a Nizza, dopo essere stata sottoscritta dai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione (e a nome delle rispettive Istituzioni), fu solennemente proclamata.

Dal Preambolo della Carta<sup>258</sup> dei diritti emerge chiaramente l'intento con cui era stata redatto tale documento era quello di codificare e consolidare i diritti già presenti nell'ordinamento grazie alla esaminata opera della giurisprudenza della Corte.

La Carta dei diritti, dunque, non vanta le pretese rivoluzionarie o fondative di un nuovo ordine sociale tipiche dei primi *Bill of Rights* del costituzionalismo moderno. Neppure si può ritenere che sia stata scritta allo scopo di colmare il vuoto di tutela dei diritti fondamentali, che la Corte aveva provveduto a colmare ispirandosi alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e attribuendo un peso sempre più significativo alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e contribuendo significativamente a sviluppare un "dialogo intergiudiziale"<sup>259</sup> tra Corti nazionali e Corte europea e tra le stesse Corti europee, in un quadro ordinamentale sempre più articolato, com'è quello rappresentato dallo "spazio giuridico europeo" relativo alla c.d. *multilevel protection* dei diritti fondamentali.

Apparentemente, quindi, il valore della Carta dei diritti è solamente quello di mettere un pò di ordine normativo nelle garanzie dei diritti fondamentali già presenti nel sistema comunitario e di renderle conoscibili e perciò maggiormente fruibili<sup>260</sup>. Per offrire un sintetico riepilogo dei diritti ivi positivizzati si può, anzitutto, osservare, come la Carta preveda importanti diritti che non trovano traccia né nella giurisprudenza comunitaria pregressa, né nelle Costituzioni nazionali degli Stati membri, né nella CEDU. A titolo esemplificativo inedito è il Titolo I intitolato alla Dignità, ed in particolare l'art. 3<sup>261</sup> sul diritto all'integrità della persona; l'art. 6<sup>262</sup> sul diritto alla libertà e sicurezza che lascia intravedere problematiche mai affrontate in

---

<sup>258</sup> Il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea recita: «La presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dal trattato sull'Unione europea e dai trattati comunitari, dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa, nonché i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

<sup>259</sup> VACCARO G., *Tecniche di difesa dei diritti umani e dialogo tra le Corti*, in *VI° Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale – sessione di diritto penale e procedura penale: "la tutela dei diritti umani davanti alle Corti europee"*, 18 marzo 2001, Roma.

<sup>260</sup> CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione; universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, op. cit., p. 32.

<sup>261</sup> Articolo 3: «1. Ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. 2. Nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: - il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge, - il divieto delle pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone, - il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro, - il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani».

<sup>262</sup> Articolo 6: «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

forma di diritti fondamentali ed esplose in seguito al fenomeno del terrorismo internazionale; l'art. 8<sup>263</sup> sulla protezione dei dati di carattere personale; gli artt. 24<sup>264</sup>, 25<sup>265</sup> e 26<sup>266</sup> rispettivamente sui diritti del bambino, degli anziani e dei disabili, che rappresentano una novità nel panorama europeo.

Tra le assenze più eclatanti, invece, si evidenzia quella relativa alle formazioni sociali o dei gruppi intermedi come famiglia, partiti politici, sindacati, confessioni religiose etc...

Infine, svolgendo una rapida considerazione sui contenuti della Carta europea, emerge, anzitutto, una chiara differenza con la Costituzione italiana: mentre quest'ultima, valorizza, all'art. 2, la persona sia come entità individuale sia come partecipante a formazioni sociali, la Carta europea manifesta una tutela dell'uomo in chiave più individualistica. In secondo luogo, appare come sotto una parvenza codificatoria, la Carta inglobi dentro di sé contenuti e valori che la rendono un *unicum* rispetto alle Carte dei Stati membri o di altri sovranazionali.

In questa sede si è omessa volontariamente la vasta discussione generatasi intorno all'efficacia giuridica della Carta di Nizza, in quanto tale problematica risulta attualmente superata dal varo del Trattato di Lisbona che ha "incorporato" la Carta dei diritti nei Trattati (tema, peraltro, oggetto di analisi nel paragrafo successivo).

### **III.5.2.1 *Segue*: La Carta di Nizza e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona**

---

<sup>263</sup> Articolo 8: «1.Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2.Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3.Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

<sup>264</sup> Articolo 24: «1.I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2.In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3.Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

<sup>265</sup> Art. 25: «L'Unione riconosce e rispetta il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale».

<sup>266</sup> Articolo 26: «L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

Il Trattato di Lisbona - che ha modificato il Trattato sull'Unione Europea<sup>267</sup> (TUE) e il Trattato che istituisce la Comunità europea<sup>268</sup> (oggi TFUE)- è stato firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri. A norma dell'articolo 6, il Trattato doveva essere ratificato dagli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali e l'entrata in vigore dello stesso era prevista quando tutti gli strumenti di ratifica sarebbero stati depositati. Con la firma del Presidente della Repubblica Ceca del 3 novembre, tutti e 27 gli Stati membri hanno ratificato il Trattato di Lisbona, che è entrato in vigore il 1 dicembre 2009. L'Italia ha provveduto alla ratifica tramite voto parlamentare avvenuto il 31 luglio 2008 con 551 voti favorevoli, nessuna astensione e nessun contrario.

Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Carta di Nizza<sup>269</sup>, dopo il fallimento del progetto di Costituzione<sup>270</sup>, ha assunto il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi del I° Paragrafo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea per il quale: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

Di non poco conto è il riferimento al fatto che le norme della Carta dovranno essere interpretate tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. Si tratta delle spiegazioni redatte a fine meramente esplicativo sotto la responsabilità del Presidium della Convenzione che aveva predisposto la versione originaria della Carta. Per effetto di tale richiamo, le spiegazioni sono state elevate a rango di fonte interpretativa da cui la Corte di giustizia non potrà discostarsi. Ciò sarebbe confermato dalla circostanza che esse sono state pubblicate insieme alla Carta proclamata nuovamente il 12 dicembre

---

<sup>267</sup> Il Trattato sull'Unione europea è conosciuto anche con il nome della città olandese ove è stato formato, ovverosia Maastricht.

<sup>268</sup> Il "Trattato che istituisce la Comunità europea" (TCE) è divenuto, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (TFUE). In origine (ovverosia prima che divenisse il "Trattato che istituisce la Comunità europea" (TCE) dal Trattato di Maastricht), era denominato "Trattato di Roma".

<sup>269</sup> Nella versione riproclamata solennemente il 12 dicembre 2007 nella sede del Parlamento europeo a Strasburgo.

<sup>270</sup> La Costituzione europea (ufficialmente "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa") è stato un progetto di revisione dei trattati fondativi dell'Unione Europea, redatto nel 2003 dalla Convenzione Europea e definitivamente abbandonato nel 2009 a seguito dello stop alle ratifiche imposto dall'esito negativo dei referendum in Francia e Paesi Bassi, col quale si intendeva dare all'UE un assetto politico chiaro riguardo alle sue istituzioni, alle sue competenze, alle modalità decisionali ed alla politica estera.

2007<sup>271</sup>.

Come precedentemente anticipato, la *vexata quaestio* dello statuto giuridico e dell'efficacia della Carta (aspetto che emerge ed acquista significato nell'ambito della tutela “*multilevel*” dei diritti fondamentali) si è inevitabilmente spostata dal terreno dell'interpretazione, entro il quale è stata gestita durante i nove anni di “efficacia anticipata”, a quello delle fonti; la Carta è, infatti, una fonte di diritto comunitario primario, che crea obblighi per l'Unione e per gli Stati che ne «rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze<sup>272</sup>».

La circostanza che anche nella sua fase di “efficacia anticipata”, la Carta avesse evidenziato un'attitudine ad esaltare il ruolo della Corte di giustizia di giudice costituzionale, (contrariamente al pericolo, paventato in dottrina, che la scrittura della Carta avrebbe potuto paralizzare, o quantomeno rallentare, la “viva” giurisprudenza delle Corti di Giustizia), non poteva altro che presagire che, una volta divenuta obbligatoria, la Carta di Nizza avrebbe consentito «di applicare anche alle norme che li prevedono quelle proprietà di supremazia, effetto diretto ed indiretto tipiche del diritto comunitario che difficilmente potevano attribuirsi ai principi non scritti elaborati nel corso degli anni dalla stessa Corte»<sup>273</sup>.

Peraltro, la stesura di un *Bills of rights* europeo – che riepiloga, positivizzandola e rendendola visibile, la giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo e di quello di Strasburgo, e alla cui formazione hanno contribuito le “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” per come lette dal Giudice UE – determina l'evoluzione di tale ordinamento rispetto alle missioni originarie, essendo ora incluso fra i suoi compiti quello di garantire i diritti fondamentali, *in unum* con le persistenti garanzie da assicurare al mercato interno europeo<sup>274</sup>. La sovranità nazionale, e con essa le garanzie apprestate a tutela dei diritti fondamentali, non deve più consentire valutazioni preoccupate circa il processo ulteriore di integrazione, dal momento che il singolo soggetto si vede garantito, in una logica di *multilevel protection*, che assegna alle

---

<sup>271</sup> Cfr. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 157.

<sup>272</sup> Art. 51 Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>273</sup> Si veda CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione; universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, op. cit., p. 37; FALLETTI E., *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, Torino, Utet, 2009, p. 2.

<sup>274</sup> GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra “Trattati” (di Lisbona) e Costituzione*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2010, p. 40.

istituzioni europee e soprattutto al Giudice di Lussemburgo il compito di assicurare la massima garanzia a tali diritti, *in unum* con il vincolo all'interpretazione nel senso più favorevole ai diritti dell'uomo e alle libertà fondamentali, ora positivizzato con forza giuridica all'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali.

Inoltre, a differenza che nel vecchio Progetto costituzionale, ove la Carta occupava l'intera seconda parte del Testo, attualmente la Carta è "esterna" al Testo del Trattato, il cui art. 6, sinteticamente la richiama e ne precisa il valore giuridico.

Il problema della legittimazione della giurisprudenza della Corte di Giustizia sui diritti fondamentali appare, pertanto, brillantemente risolto: la fonte di essa ormai risiede in un Testo, come detto, dotato della "forza" del diritto primario dell'UE; secondo un'impostazione "circolare" l'opera di sublimazione dei diritti derivanti dalle "tradizioni costituzionali comuni" è stata recepita dal legislatore costituzionale europeo, prima attraverso la vecchia formula dell'art. 6 (*ante* Lisbona) che rendeva tali diritti «principi generali del diritto comunitario», ed oggi attraverso la Carta che, a mezzo del nuovo art. 6, terzo comma, mantiene il processo circolare laddove stabilisce che «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Secondo l'opinione prevalente in dottrina<sup>275</sup>, questa rappresenta una sorta di "clausola di apertura" alle innovazioni giurisprudenziali; ne consegue che la codificazione della Carta, non osta alla formazione di nuovi diritti e nuove pretese.

Infine, si evidenzia che tutte le problematiche connesse alla futura (ed, allo stato, eventuale) adesione dell'Unione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, nell'ambito del sistema di *multilevel protection*, saranno oggetto di trattazione nel paragrafo III.4 del prossimo capitolo, dedicato ai rapporti tra le Corti.

---

<sup>275</sup> Si veda ad esempio SCIARABBA V.V., *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, Cedam, 2008.

## CAPITOLO TERZO

# IL “DIALOGO” TRA LE CORTI NELL’AMBITO DELLA MULTILEVEL PROTECTION

### Sezione I. Costituzione italiana e ordinamento comunitario

Prima di analizzare nello specifico i rapporti esistenti tra le varie Corti in materia di tutela di diritti umani si rende necessario delineare brevemente il quadro che si presenta agli occhi dello studioso. L’area europea è caratterizzata dall’esistenza di più sistemi normativi, istituzionali e giurisdizionali, senza che sia possibile rinvenire un criterio di univoca razionalizzazione dei rapporti fra gli stessi. Si tratta di sistemi non solo e non tanto paralleli, quanto sovrapposti e solo “parzialmente” collegati.

Piero Gaeta<sup>276</sup>, ha abilmente e efficacemente descritto l’insieme dei rapporti esistenti tra le Corti nello spazio europeo come un “caos calmo”. È, infatti, sufficiente osservare quanto si dirà in seguito circa l’evoluzione dei rapporti tra Corte costituzionale italiana e Corte di Giustizie, tra la prima e la CEDU, e tra Corte EDU e la Corte comunitaria, per comprendere appieno il valore di questa espressione.

Nella disamina dei rapporti tra l’ordinamento italiano e quello comunitario in tema di tutela dei diritti fondamentali vengono, anzitutto, in evidenza l’art. 11 della Costituzione e l’art. 117, 1° comma, così come modificato nel 2001 dalla legge costituzionale n. 3 di riforma del Titolo V della Costituzione. Tali norme costituiranno l’oggetto dell’approfondimento svolto nel primo paragrafo.

Tuttavia, al fine di comprendere appieno l’assetto dei rapporti tra ordinamento italiano ed ordine giuridico europeo, nel prosieguo della trattazione (terzo paragrafo) sarà necessario esaminare compiutamente quello che è stato il “cammino comunitario”<sup>277</sup> della Corte costituzionale italiana, con una breve ricostruzione della giurisprudenza elaborata (in tale materia) della Consulta.

---

<sup>276</sup> GAETA P., *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione*, relazione all’Incontro di studio su *Giudice penale, giudice costituzionale e Corti sopranazionali*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 11-13 febbraio 2008, 2 del *paper*.

<sup>277</sup> BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1973.



## **I.1 Il fondamento dell'adesione italiana alla Comunità europea: l'art. 11 della Costituzione**

Quando furono approvati i trattati con cui si creavano le comunità europee probabilmente non si era pienamente consapevoli della profonda incidenza che tale nascente ordinamento avrebbe potuto avere sugli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Il Trattato istitutivo della Comunità europea<sup>278</sup>, nonostante comportasse significative limitazioni di sovranità, fu recepito in Italia attraverso la tradizionale formula adottata per gli altri trattati internazionali che consisteva in una legge ordinaria contenente l'ordine di esecuzione.

Nel giro di pochi anni, tuttavia, si evidenziarono prontamente le problematiche scaturenti dall'affermarsi del diritto europeo; in particolare, venne posta la questione di come evitare che una legge dello Stato italiano potesse contenere norme in contrasto con i trattati istitutivi. Questi, infatti, erano stati ratificati con legge ordinaria ed, in virtù dell'applicazione del criterio cronologico, avrebbero dovuto "cedere" innanzi ad un contrasto con un atto legislativo temporalmente successivo.

Tale circostanza determinò l'esigenza di trovare un fondamento costituzionale alla legge con la quale si recepivano nel nostro ordinamento i trattati; in altre parole, era necessario identificare una disposizione in grado di attribuire alla legge di ratifica una resistenza rafforzata all'abrogazione.

A costituzione invariata, si operò<sup>279</sup> una lettura forzata della norma che era stata inserita nella Costituzione per giustificare l'adesione dell'Italia all'ONU. La norma in questione era l'art. 11 Cost. ed, in particolare, la parte in cui prevede che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». A mezzo di questo articolo il costituente aveva «autorizzato l'accettazione, in via convenzionale, a condizioni di parità con gli altri Stati e per le finalità ivi precisate, delle necessarie "limitazioni di sovranità"». Questa formula legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per l'istituzione di una Comunità tra gli

---

<sup>278</sup> Trattato di Roma del 25 marzo 1957.

<sup>279</sup> La stessa Corte costituzionale, sin dalla sua prima pronuncia, la sent. n. 1 del 1956, ha invocato l'articolo 11 come fondamento costituzionale dell'adesione alle comunità europee.

Stati europei, ossia di una nuova organizzazione interstatale, di tipo sovranazionale, a carattere permanente, con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale»<sup>280</sup>.

Sulla base della giurisprudenza della Consulta, nonché attraverso la copertura garantita dall'art. 11 Cost., i trattati istitutivi assumevano il rango di fonti paracostituzionali, tanto da essere abilitate a derogare allo stesso quadro costituzionale, con il solo limite costituito dal rispetto dei principi-valori fondamentali dell'ordinamento interno<sup>281</sup>.

## **I.2 Il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento europeo nell'art. 117, comma 1, della Costituzione**

L'art. 11 Cost., nell'interpretazione accolta dalla Corte costituzionale, ha rappresentato a lungo l'unico ancoraggio costituzionale della partecipazione dell'Italia alle Comunità europee prima e all'Unione europea dopo. Tale situazione si è verificata almeno sino all'approvazione della Legge costituzionale 18 ottobre 2011, n. 3 con la quale è stata introdotta nella Costituzione la nuova formulazione dell'art. 117, co. 1, Cost. per la quale la «potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni» nel rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Tale articolo ha dato vita ad un vivace dibattito dottrinale, concentrato soprattutto sull'interpretazione del riferimento agli obblighi internazionali; per quanto concerne i vincoli europei l'orientamento prevalente era quello di attribuire a tale disposizione il valore di mera conferma di quanto già enucleato, con riferimento all'art. 11 Cost., dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Il medesimo Giudice delle Leggi ha ribadito recentemente tale interpretazione, precisando la portata dell'art. 117, co. 1, Cost.; ha sostenuto, infatti, che si tratta di una disposizione che sostanzialmente conferma il precedente orientamento giurisprudenziale. La disposizione costituzionale «distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali».

---

<sup>280</sup> Cfr. C. cost. sent. n. 183/1973.

<sup>281</sup> Cfr. RUGGERI A., *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2008, p. 6.

Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale. Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri»<sup>282</sup>.

### **I.3 I principi supremi ed i diritti fondamentali costituzionali come limiti all'integrazione: la dottrina dei "controlimiti"**

A mezzo della pronuncia n. 183/1973, in cui veniva individuato nell'art. 11 Cost. il fondamento costituzionale dell'adesione dell'Italia alle Comunità europee, la Corte costituzionale provvedeva a stabilire l'ampiezza delle limitazioni di sovranità consentite, escludendo che potessero comportare un potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana. «In base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma [...] possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. [...] in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali». In tal modo veniva espressa dalla Consulta la cosiddetta teoria dei "controlimiti".

---

<sup>282</sup> C. cost. n. 348/2007.

Se, infatti, la Corte di giustizia aveva proceduto ad una ricostruzione pretoria del diritto costituzionale dell'Unione (in assenza di parametri specifici positivizzati nei relativi trattati)<sup>283</sup>, il Giudice delle leggi da parte sua, cominciava a delineare l'esistenza di principi supremi del sistema costituzionale che si ponessero come limite alla piena operatività nel diritto interno del diritto dell'Unione, tanto primario che derivato<sup>284</sup>.

Ma per comprenderne appieno il significato, è necessario delineare i tratti più salienti dei rapporti intraordinamentali per come visti da Palazzo della Consulta, evidenziandone le diverse impostazioni ed i diversi svolgimenti degli itinerari giurisprudenziali sul versante delle relazioni con il diritto dell'Unione e la sua Corte. In tale quadro, la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la concorde impostazione della dottrina<sup>285</sup>, può essere divisa in quattro fasi che costituiranno oggetto di analisi nei prossimi quattro paragrafi.

## I.4 Il “dialogo” tra le Corti

### I.4.1. La cd. “prima fase” o fase dell’“incomunicabilità”

Nella prima fase (1964–1973), definita da Antonio Ruggeri della “incomunicabilità” o del “totale distacco”, la Consulta non riconosceva il primato del diritto comunitario e, pertanto, riteneva di poter risolvere gli eventuali contrasti tra le fonti interne e le fonti comunitarie attraverso il ricorso al criterio cronologico. Infatti, nel famoso caso *Costa c. ENEL*<sup>286</sup>, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'assunta illegittimità della legge istitutiva dell'ENEL per violazione indiretta dell'articolo 11, sulla base di un preteso conflitto con norme comunitarie, assume una posizione di completa chiusura alle implicazioni del fenomeno comunitario. In sintesi, partendo dalla tesi di una pretesa “nazionalizzazione” delle norme internazionali attraverso il provvedimento interno di recezione (legge ordinaria), essa nega un qualunque

---

<sup>283</sup> Cfr. *supra*, cap.II, par. II.2..

<sup>284</sup> Fra gli altri, sul punto, cfr. anche GAMBINO S., *La Carta e le Corti costituzionali. “Controlimiti” e “protezione equivalente”*, in BRONZINI G. e PICCONE V. (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007.

<sup>285</sup> Tra le tante cfr. CASSESE S., *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, n. 4, pp. 319-422; PASSAGLIA P. (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2010; RUGGERI A., *Corte costituzionale e corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010; GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra trattati (di Lisbona) e Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 1/10.

<sup>286</sup> Cfr. C. cost. sent. n. 14 del 7 marzo 1964, considerato in diritto, punto 6.

primato al diritto comunitario, nonché copertura costituzionale (inammissibilità del controllo di costituzionalità per violazione indiretta dell'art. 11), ed individua quindi, quale unico criterio per risolvere eventuali conflitti, quello cronologico.

Tale impostazione venne recisamente respinta dalla Corte di Giustizia che, pronunciandosi a distanza di poche settimane sul medesimo caso oggetto delle decisioni della Consulta, affermò per la prima volta quello che sarebbe in seguito divenuto uno dei principi fondamentali su cui si regge l'intero ordinamento comunitario, vale a dire il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri<sup>287</sup>. La Corte europea, pur non pronunciandosi *ex professo* sulla questione dei rapporti tra il diritto comunitario e norme costituzionali nazionali, pare volesse far emergere come nessuna disposizione nazionale, quale che ne fosse la natura giuridica, fosse in grado di prevalere sull'ordinamento comunitario, il quale, in forza di un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, conteneva in sé norme vincolanti per i loro cittadini e per gli Stati stessi.

L'enunciazione netta ed esplicita della idoneità del diritto comunitario ad imporsi e a prevalere anche sulle norme costituzionali degli Stati membri venne successivamente esplicitata dalla Corte di Giustizia a mezzo della sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*)<sup>288</sup>. In essa, che pure rappresentava un'apertura estremamente importante della Corte, e dello stesso diritto comunitario, nei confronti dei valori costituzionali degli Stati membri concernenti i diritti umani fondamentali, la Corte, riguardo al problema di un possibile contrasto di una normativa comunitaria con diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione tedesca, affermò che la validità di un atto comunitario avesse potuto essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario, in quanto quest'ultimo, per sua natura, non avrebbe potuto trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che venisse posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. «*Di conseguenza, il fatto che siano menomati i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto comunitario né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato*». Nella stessa sentenza la Corte aggiungeva, peraltro, che la tutela dei diritti fondamentali costituiva parte integrante dei principi generali del

---

<sup>287</sup> Cfr. sent. 15 luglio 1964, *Costa c Enel*, causa C-6/64.

<sup>288</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. III.5..

diritto comunitario, principi informati alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ma che, in quanto appartenenti al diritto comunitario, dovevano essere garantiti dalla stessa Corte di giustizia.

La Corte costituzionale italiana, muovendo dalla negazione del primato del diritto comunitario su quello nazionale (sentenza n. 14/64 precedentemente citata<sup>289</sup>), perverrà vent'anni dopo, con la sentenza dell'8 giugno 1984 n. 170 (che apre la cosiddetta terza fase), a conclusioni che coincidono, se non nelle premesse teoriche, con i risultati appena enunciati della Corte di Giustizia. Ma prima di arrivare alla pronuncia n. 170/1984, che apre la cosiddetta terza fase, saranno necessari vari passaggi.

La prima affermazione di un nucleo di principi intangibili è contenuta nella sentenza del 27 dicembre 1965 n. 98 (*Acciaierie San Michele c. CEECA*) per la quale la copertura costituzionale desunta dall'art. 11 Cost., quale giustificazione di una limitazione di sovranità a favore delle Comunità europee, veniva applicata all'istituzione di una funzione giurisdizionale in capo alla Corte di giustizia. La Corte costituzionale dichiarò, infatti, che gli effetti interni dell'attività della Comunità vanno determinati senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, che rientra tra i diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione (pregiudizio che, peraltro, era ritenuto insussistente dalla stessa Corte). Questa sentenza già prevede, la configurazione di "controlimiti", in raffronto alla limitazione di sovranità italiana a favore delle Comunità europee, consistenti nei diritti umani fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.

#### **I.4.2. La cd. "seconda fase": comincia la "lenta marcia di avvicinamento" alla Corte del Lussemburgo<sup>290</sup>**

È nella successiva sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183 (*Frontini*) che la teoria dei controlimiti viene più compiutamente enunciata<sup>291</sup> e si apre la cosiddetta seconda fase.

---

<sup>289</sup> Cfr. nota 286.

<sup>290</sup> Come definita da RUGGERI A., *Corte costituzionale e corti europee*; op. cit. p. 9.

<sup>291</sup> In argomento si vedano CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 95 ss.; RUGGERI A., "Tradizioni costituzionali comuni" e "controlimiti", *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 102 ss.; GAMBINO S., *La Carta e le Corti costituzionali. "Controlimiti" e "protezione equivalente"*, op. cit..

In essa la Corte, ribadisce, anzitutto, che l'ordinamento comunitario trova sicuro fondamento nell'art. 11 Cost., il quale legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale e, successivamente, precisa che il diritto comunitario e quello interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dai Trattati. Proseguendo nella lettura della pronuncia, emerge come la Consulta fissi un preciso confine a tali limitazioni di sovranità che, in base all'art. 11 Cost., sono consentite unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, possano comunque comportare per la CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana.

È bene a questo punto sottolineare come nella sentenza n. 98 del 1965 (al pari che nella sent. n. 14/64, nel caso *Costa c. ENEL*) il Giudice delle Leggi aveva impiegato l'art. 11 Cost. al solo scopo di verificare la compatibilità della legge italiana di esecuzione dei Trattati comunitari con la Costituzione e non, invece, per constatare il primato di tale ordinamento, che anzi, nella sentenza n. 14 del 1964, è esplicitamente negato<sup>292</sup>. Pertanto, il riferimento ai principi fondamentali della Costituzione e ai diritti umani opera quale "controlimita" alla compatibilità dell'ordinamento comunitario con la stessa Costituzione. Successivamente, seguendo un percorso di avvicinamento alle posizioni della Corte di Lussemburgo, la Consulta riconosce il primato del diritto comunitario ed i controlimiti assumono una valenza anche maggiore, poiché, pur continuando a porsi come ragioni di esclusione della compatibilità di disposizioni comunitarie con la Costituzione, rappresentano anche un'eccezione alla regola della prevalenza del diritto comunitario (direttamente applicabile) sul diritto nazionale incompatibile. Essi vengono, altresì, a porsi quale criterio di ripartizione tra la competenza del giudice nazionale ordinario e quella della Corte costituzionale, nella soluzione dei problemi di conflitto tra il diritto comunitario e il diritto interno.

---

<sup>292</sup> VILLANI U., *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in studi in onore di Vincenzo Starace, 2008, Napoli, ed. Scientifica.

### I.4.3 La cd. “terza fase”: l’inizio di un “dialogo”

Un decennio dopo la sentenza *Frontini*, nel caso *Granital*<sup>293</sup> (che apre la terza fase), la Consulta determinava un mutamento “rivoluzionario” nella soluzione del conflitto tra diritto comunitario (direttamente applicabile) e diritto nazionale, modificando profondamente la giurisprudenza risultante dalla precedente sentenza del 30 ottobre 1975 n. 232 (*Industrie chimiche*) a mezzo della quale aveva affermato la propria competenza esclusiva a pronunciare l’incostituzionalità di leggi interne contrastanti con regolamenti comunitari (o semplicemente riproduttive di regolamenti). Con la pronuncia *Granital*, la Corte costituzionale, accoglieva, nella sostanza, le forti sollecitazioni della Corte di giustizia, espresse particolarmente con la sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77 (*Simmenthal*).

La Consulta, anzitutto, ribadiva l’impostazione “dualista” tra l’ordinamento comunitario e quello nazionale, che restavano autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita dal Trattato. Secondo la Corte<sup>294</sup>, la forza giuridica alla base della preminenza del diritto dell’Unione sul diritto interno può pacificamente individuarsi nell’art. 11 Cost.<sup>295</sup> Ritenendo che i due ordinamenti sono distinti, e al contempo coordinati, la Corte ribadisce come – appartenendo la fonte dell’UE ad altro ordinamento – «le norme da esso derivanti vengono, in forza dell’art. 11 Cost., a ricevere diretta applicazione nel territorio italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne: e se così è, esse non possono, a rigor di logica, essere valutate secondo gli schemi predisposti per la soluzione dei conflitti tra le norme del nostro ordinamento»<sup>296</sup>. La ricostruzione dualistica di tali rapporti e, al suo interno, la richiamata primazia del diritto dell’Unione, tuttavia, non è tale, per la Consulta, da potersi ipotizzare una sottrazione alla sua competenza dell’intero settore dei rapporti fra diritto dell’Unione e diritto interno. Come lo stesso Giudice delle Leggi sancisce, infatti, «questo collegio ha, nella sentenza 183/1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali e ai diritti inalienabili della persona umana, nell’ipotesi contemplata, sia pure come improbabile

---

<sup>293</sup> C. cost., sent. n. 170 dell’8 giugno 1984.

<sup>294</sup> C. cost., sent. n. 183/73.

<sup>295</sup> C. cost., sent. n. 170/84, considerato in diritto, 4.

<sup>296</sup> Sent. cit., considerato in diritto, 4.



al numero 9 della parte motiva di detta pronuncia»<sup>297</sup>. Tale giurisprudenza chiarisce, al contempo, come la Corte escluda la sua competenza a far valere la compatibilità del diritto interno rispetto a quello dell'Unione riconoscendo questa competenza ai soli giudici ordinari, nonché agli altri soggetti cui compete di dare esecuzione al diritto dell'Unione<sup>298</sup>. La Corte, dopo avere demandato al giudice ordinario il compito di rilevare le ipotesi di contrasto del proprio diritto con regolamenti comunitari, avvalendosi eventualmente dell'ausilio della competenza interpretativa della Corte di giustizia in via pregiudiziale, e di assicurare l'applicazione di tali regolamenti, avverte che ciò non implica, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte costituzionale: la legge di esecuzione del Trattato CEE, infatti, è soggetta al sindacato della stessa Corte per quanto riguarda l'eventuale contrasto di disposizioni di diritto comunitario con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o con i diritti inalienabili della persona umana. È bene sottolineare, tuttavia, come la Corte abbia preferito seguire un prevalente orientamento di *self restraint*, nel senso della restituzione degli atti di causa al giudice *a quo* affinché lo stesso si attivi nei confronti della Corte di giustizia al fine di conseguire una «interpretazione certa e affidabile»<sup>299</sup>.

Nella medesima direzione la Corte si muove nella sentenza n. 232 del 1989<sup>300</sup> quando afferma che l'ordinamento comunitario «prevede un ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi dei singoli, di cui il ricorso incidentale alla Corte di Giustizia ex art. 177 del Trattato C.E.E. costituisce lo strumento più importante; ed è non meno vero che i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte delle Comunità europee, parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario. Ma ciò non significa che possa venir meno la competenza di questa Corte a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana. In buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur

---

<sup>297</sup> Sent. cit., considerato in diritto, 5.

<sup>298</sup> Cfr. C. cost. sent. 11 luglio 1989, n. 389.

<sup>299</sup> Cfr. ONIDA V., «Armonia tra diversi» e problemi aperti. La giurisprudenza comunitaria sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario, in *Quad. cost.*, 2002, 3, p. 551.

<sup>300</sup> C. cost. sentenza *Fragd c/ Amministrazione Finanze Stato*.

sempre possibile; inoltre, va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario»<sup>301</sup>.

In questa pronuncia la Corte, sia pure tra le righe, «lascia emergere l'impressione di non essere voluta andare oltre, per non porsi in aperto contrasto con la Corte e l'ordinamento comunitario, pur avendo voluto comunque riaffermare decisamente il proprio potere di garantire i controlimiti all'ingresso del diritto comunitario»<sup>302</sup>. Il diritto coinvolto nella questione di legittimità – relativa agli effetti di una sentenza pregiudiziale, e in tale ambito il diritto ad un giudice e ad un giudizio, *ex art. 24 Cost.* – in verità rientra fra quei diritti di cui l'ordinamento comunitario e quello internazionale (C.E.D.U.) si fanno ampiamente carico<sup>303</sup>, risultando la pronuncia ora in esame, per tale ragione, più una “sentenza monito” che una riaffermazione di diritto di cui si prefigge la tutela, in quanto “controlimite” all'assoluta primazia del diritto comunitario su quello costituzionale interno. D'altra parte, il giudizio si conclude con una ordinanza di inammissibilità per non rilevanza della questione. Tuttavia, in sintonia con quanto aveva già fatto il Giudice costituzionale tedesco, la Corte non perde comunque l'occasione di evidenziare una riserva di interlocuzione con il Giudice comunitario in una materia relativa ai diritti<sup>304</sup>. In conclusione, la Corte, nel quadro di una concezione dualistica dei due ordinamenti, come si è già ricordato, ha pienamente confermato la primazia del diritto comunitario rispetto a quello interno, limitandosi in gran parte ad adottare sentenze monitorie, circa l'esistenza di “controlimiti” in difesa dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento costituzionale, o anche solo ordinanze di inammissibilità, fino a quando il Giudice comunitario non si fosse pronunciato, in ciò fruendo delle possibilità consentite dal giudizio incidentale. Resta da analizzare, nell'immediato futuro, come è già avvenuto in una prima, recente, pronuncia<sup>305</sup>, quel diverso quadro

---

<sup>301</sup> C. cost. sent. n. 232/89, considerato in diritto, 3.1.

<sup>302</sup> Cfr. CELOTTO A. – GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004; CELOTTO A., *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli, 2009.

<sup>303</sup> GAMBINO S.- MOSCHELLA G., *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Politica del diritto*, n. 4, dicembre 2005, pp. 543-624.

<sup>304</sup> GAMBINO S., *La Carta e le Corti costituzionali. “Controlimiti” e “protezione equivalente”*, op. cit..

<sup>305</sup> Corte cost., sent. n. 406 del 2005, nella quale è stato fatto valere per la prima volta il parametro del novellato art. 117, I co., Cost.

normativo nel quale la Corte sarà chiamata a giudicare nell'ambito di giudizi in via principale, utilizzando il nuovo parametro costituzionalizzato nel novellato art. 117, I co., della Costituzione.

Continuando nell'analisi dei precedenti giurisprudenziali, corre l'obbligo menzionare un'altra importante sentenza: la n. 1146 del dicembre 1988. In tale decisione la Corte afferma che è presente in costituzione, indipendentemente dalla forma "espressa"<sup>306</sup> o "tacita" del divieto, un limite invalicabile per le stesse leggi di revisione ed altre leggi costituzionali, quello dei "principi supremi", non sovvertibili né modificabili «nel loro contenuto essenziale», in quanto appartenenti all'«essenza dei valori supremi sui quali si fonda la costituzione italiana». Ciò è in linea con la prevalente dottrina, che differenzia il potere costituente, di cui è espressione la costituzione, dai poteri "costituiti" o derivati, tra i quali rientra anche quello di revisione che, trovando nella Carta la sua fonte di legittimazione, non può che esercitarsi nei limiti del rispetto dei caratteri identitari espressi dal testo costituzionale.

#### **I.4.4. La cd. "quarta fase": l'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale**

La quarta fase è quella che si apre con la sentenza n. 10/08 e l'ordinanza 103/08 con le quali la Corte costituzionale ha, per la prima volta utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 TCE (oggi 267 TUE), compiendo così quel passo che le ha fatto varcare la soglia della Corte di Giustizia.

Superando posizioni precedentemente assunte (ordinanza n. 536 del 1995), per la prima volta, la Consulta ha chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità con gli artt. 49 (oggi 56 TUE) e 87 (oggi 107 TUE) del TCE di una disposizione legislativa (art. 4 della l.r. Sardegna, n. 4 del 2006)<sup>307</sup>. «Pur continuando a

---

<sup>306</sup> L'art. 139 dispone che: «*La forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale*».

<sup>307</sup> La risposta del Giudice di Lussemburgo non si fa attendere. Con sentenza del 17 novembre 2009-67, la C.G.U.E. si pronuncia sulla legge oggetto del rinvio pregiudiziale dal parte del Giudice delle leggi italiano, sancendo l'esistenza di un contrasto con il principio della libera prestazione dei servizi e con il principio della libera concorrenza. La normativa oggetto di giudizio (misure fiscali previste nella legge regionale sarda relative allo scalo turistico degli aeromobili e delle imbarcazioni) viola altresì, a giudizio della Corte di Lussemburgo, il principio della libera concorrenza, dal momento che le misure legislative oggetto del rinvio prevedono uno sgravio fiscale per gli operatori stabiliti in Sardegna.

ritenere compito del giudice a quo di avvalersi del potere di rinvio in tutti i giudizi in via incidentale – in tal senso, come è stato bene sottolineato, la Corte costituzionale – ha affermato la propria legittimazione a proporre questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia nell’ambito dei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale, proprio in ragione della sua peculiare posizione nell’ordinamento interno, che la vede quale unico giudice chiamato a pronunciarsi in merito a tali controversie»<sup>308</sup>.

Nel processo argomentativo della Corte, sembra possibile leggere, più che un mutamento radicale di posizione, uno spostamento di accento nella formulazione stessa del ragionamento, nel senso che il baricentro di esso non è più costituito dal riferimento alla peculiarità della funzioni svolte dal Giudice delle leggi, bensì dal fatto che quest’ultimo ha, appunto, “natura di giudice”: detto altrimenti, quella “peculiarità” che aveva avuto un peso decisivo nel ragionamento che aveva condotto la Corte all’(auto-)esclusione dal novero dei soggetti legittimati a sollevare la pregiudiziale comunitaria, non scompare dall’odierno orizzonte di riflessione, ma viene declassato ad elemento di secondo piano, presente ma non più determinante.

In questa sorta di ridimensionamento relativo ad un elemento decisivo, sembra aver giocato un ruolo rilevante la considerazione per cui, trattandosi di disposizione del Trattato, la nozione di “giurisdizione nazionale” di cui all’art. 267 TUE «deve essere desunta dall’ordinamento comunitario e non dalla qualificazione “interna” dell’organo rimettente»<sup>309</sup>. Pertanto, dopo il *verfassungsgerichtshof* austriaco<sup>310</sup> e la *Cour d’arbitrage* (oggi *Cour constitutionnelle*) belga<sup>311</sup>, anche la Corte costituzionale è entrata nel novero delle giurisdizioni costituzionali che utilizzano l’art. 267 TUE.

A sostegno dell’affermazione della propria legittimazione la Corte ha introdotto, poi, un ulteriore argomento: il suo eventuale rifiuto di effettuare il rinvio «comporterebbe un’inaccettabile lesione del generale interesse all’uniforme applicazione del diritto comunitario», in quanto essa è l’unico giudice del caso di specie. Si tratta, di nuovo, di un argomento di matrice prettamente comunitaria in quanto il «generale interesse» cui fa riferimento la Consulta è per l’appunto l’interesse comunitario, e l’evocata inaccettabilità della sua eventuale lesione è “inaccettabilità” dal punto di vista

---

<sup>308</sup> Così SCERBO A., *La Corte di giustizia si pronuncia sul primo rinvio pregiudiziale introdotto dalla Corte costituzionale italiana*, in *Palomar*, n. 40.

<sup>309</sup> Cfr. C.cost. sentenza n. 102/2008, ritenuto in fatto, punto 8.2.8.3.

<sup>310</sup> Cfr. sentt. CGCE in C-143/99, C-465/00, C-138/01, C-139/01, C-171/01.

<sup>311</sup> Cfr. sentt. CGCE in C-93/97, C-480/03, C-305/05, C-212/06.

comunitario.

«L'ottica comunitaria compenetra tanto la riflessione della Corte nel senso che parla come un giudice pienamente calato all'interno di un più ampio sistema giurisdizionale e, soprattutto, in esso agisce per la prima volta in prima persona»<sup>312</sup>.

In tale ambito si può sicuramente ricordare la sentenza *Granital*, ovvero la n. 170/1984<sup>313</sup>, nella quale la Corte aveva affermato il potere di disapplicazione a favore del giudice comune di una norma interna in contrasto con quella comunitaria, lasciando, in tal modo, al binomio giudici comuni-CGCE l'onere di svolgere il controllo di "comunitarietà" sulle norme interne. Proprio questa pronuncia conteneva in sé il seme di quella odierna, nella parte in cui veniva affermata la competenza della Corte costituzionale a valutare il contrasto tra disposizioni nazionali e comunitarie nei giudizi in via d'azione. L'ordinanza oggetto di approfondimento costituisce, quindi, il logico sviluppo di questa linea giurisprudenziale.

In primo luogo, la Consulta per poter effettuare il sindacato di cui rivendica la competenza deve entrare in contatto diretto con le norme comunitarie e potrebbe anche rivolgersi all'interprete ultimo di tale diritto, nel caso in cui ne sfuggisse esattamente la portata. Tale atto sarebbe una dimostrazione di rispetto della diversità dei compiti assegnati alle due Corti e non un atto di subordinazione.

In secondo luogo, la Corte mantiene un'unità di veduta rispetto al passato in quanto mantiene ferma la distinzione tra giudizio in via incidentale e giudizio in via principale; la legittimazione a sollevare questione pregiudiziale non è assoluta, bensì legata all'esercizio della competenza di controllo sulle leggi in via d'azione, non essendoci un Giudice comune cui la Corte possa delegare l'onere di provvedere al rinvio pregiudiziale.

Seguendo tale linea di pensiero, nel momento in cui non vi fossero altri soggetti che potessero effettuare il rinvio, si potrebbe affermare che, ove vi fosse, nell'ambito di un conflitto intersoggettivo o, al limite interorganico, un problema inerente all'interpretazione di norme comunitarie, la Consulta potrebbe considerarsi legittimata ad adire direttamente la CGCE.

Nel momento in cui la Corte ha stabilito la propria legittimazione a sollevare la

---

<sup>312</sup> Si veda PASSAGLIA P. (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *seminario alla corte costituzionale*, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), aprile 2010.

<sup>313</sup> Cfr. *supra*, par. I.4.3 del presente capitolo.

questione pregiudiziale ha anche previsto una serie di presupposti che delimitano le possibilità di un concreto esercizio del potere-dovere di rinvio.

*In primis*, la Corte, impone ai giudici comuni di risolvere, in via preliminare, ogni questione relativa al diritto comunitario – procedendo, quindi, ad un eventuale rinvio pregiudiziale prima di affrontare la questione di costituzionalità – , contrariamente a quanto, invece, fa essa che, dapprima esamina i profili di eventuale incostituzionalità, e solo in seguito analizza la presunta violazione dell’art. 117, co. 1, Cost..

Tale ordine viene in evidenza nel momento in cui, ai fini dell’accertamento della sussistenza del requisito della rilevanza, la Corte osserva che «la fondatezza dei profili di illegittimità costituzionale dedotti dal ricorrente con riguardo a questioni diverse da quelle oggetto del rinvio pregiudiziale è stata già esclusa»<sup>314</sup>. In altre parole, parrebbe sussistere una sorta di “pregiudizialità costituzionale” nel giudizio in via principale, risolta la quale è lecito affrontare i problemi di compatibilità con il diritto comunitario.

*In secundis*, la Corte ha affermato chiaramente<sup>315</sup> di essere vincolata al *thema decidendum* fissato nell’atto introduttivo. Tale principio rischia però di ridurre il ruolo della Corte a quello di mero *nuncius* di argomentazioni altrui; il Giudice delle leggi, infatti, potrà formare il proprio rinvio utilizzando e selezionando soltanto tra i motivi evocati dal ricorrente, quelli che potrebbero essere idonei a fondare il

Conclusivamente si può ritenere che la decisione di rivolgersi direttamente al supremo giudice comunitario abbia infranto l’isolamento che la Corte costituzionale si era “auto-inflitta” rispetto alle questioni comunitarie ed ha segnato un passo fondamentale nella costruzione di un’ulteriore forma di collaborazione tra le Corti nel quadro del sistema di *multilevel protection*.

## **I.5 Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale e “controlimiti”**

A questo punto è d’obbligo esaminare quelli che potrebbero essere le interazioni tra “controlimiti” e rinvio pregiudiziale.

Si tratta, pertanto di comprendere se è vero che i “controlimiti” – così come sono

---

<sup>314</sup> Cfr. C. cost. n. 102/2008, ritenuto in fatto, punto 8.2.8.5.

<sup>315</sup> Cfr. C. cost. n. 102/2008, ritenuto in fatto, punto 8.2.8.2..

stati esaminati nel corso di questi paragrafi<sup>316</sup> – «si avviano a divenire non più il rigido muro di confine fra ordinamenti, ma il punto di snodo, la cerniera nei rapporti fra U.E. e Stati membri ... Una U.E. che tende alla formazione di un vero Stato unitario di tipo federale non può non consentire che i singoli Stati membri, soprattutto in materia di diritti, non applichino le proprie disposizioni che riconoscono livelli di protezione più elevati, al pari di quanto avviene tradizionalmente negli Stati federali ... (in questa ottica, pertanto) i “controlimiti” acquistano una propria legittimazione, quale forma dinamica di prevalenza del diritto nazionale, rispetto al caso concreto; la primauté assume contenuti nuovi e differenti, ammettendo deroghe a livello nazionale»<sup>317</sup>.

Un mutamento dei controlimiti nel senso appena delineato appare ormai scontato, attesi i numerosi e reiterati segnali in tal senso, tanto sul piano normativo (art. 5 del fallito Trattato costituzionale<sup>318</sup> e art. 4.2, TUE versione consolidata risultante dal Trattato di Lisbona<sup>319</sup>, nonché art. 67, c. 1, Trattato sul Funzionamento dell'Unione

---

<sup>316</sup> I paragrafi sono il: I.3, I.4, I.4.1, I.4.2, I.4.3 e I.4.4.

<sup>317</sup> Cfr. CELOTTO A. – GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale*, op. cit.. Al momento, queste ultime risultano assenti nella previsione comunitaria *de jure condendo*, la quale si limita “ad affermare libertà e diritti, allorché il moderno costituzionalismo esige quanto meno che nelle disposizioni di garanzia si predeterminino anche le categorie dei limiti che potranno essere successivamente sviluppate dal legislatore alle situazioni soggettive di vantaggio” (DE SIERVO U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2001, p. 266). Analogamente, assai importante nel moderno costituzionalismo appare “l'esatta predeterminazione dei casi nei quali l'esercizio dei poteri limitativi delle libertà sarà riservato alle sole autorità giurisdizionali piuttosto che alle autorità amministrative. Il rischio conseguente è che tutta una serie di importanti libertà possono essere in concreto garantite assai meno che nel nostro ordinamento” (DE SIERVO U., *I diritti fondamentali europei ... cit.*, p. 266). Sul tema cfr. anche, fra gli altri, SALMONI F., *La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. pubbl.*, 2002.

<sup>318</sup> Art. 5 del Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa: «1.L'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri legata alla loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie regionali e locali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza interna. 2.Secondo il principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dalla Costituzione. Gli Stati membri agevolano l'Unione nell'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi enunciati nella Costituzione».

<sup>319</sup> Art. 4, co. 2, della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea: «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

europea<sup>320</sup>), quanto sul piano giurisprudenziale<sup>321</sup>.

Tuttavia, è necessario evidenziare come questo processo di “europeizzazione” dei controlimiti<sup>322</sup> e di “interiorizzazione” di essi da parte della stessa Corte di giustizia, sia ancora un processo *in fieri* e costellato di difficoltà.

Una di queste si riscontra nella difficoltà ad individuare chiaramente il soggetto legittimato a far valere il controlimite (tutti i giudici nazionali o soltanto le Corti costituzionali). La soluzione più appagante<sup>323</sup> individua nelle Corti costituzionali il soggetto legittimato, in quanto l’attentato al bene ultimo dell’uniforme applicazione del diritto comunitario passerebbe, in questo caso, attraverso una valutazione “accentrata” da parte dell’organo di giustizia costituzionale nazionale; soluzione che - oltre ad essere già prefigurata dalla stessa Corte costituzionale - eliminerebbe in radice il rischio di una frantumazione dell’unità del sistema in ipotesi derivante dall’affidamento alla molteplicità dei giudici comuni di uno strumento comunque di notevole impatto sistematico.

Nel quadro appena delineato, l’apertura operata con l’ordinanza n. 103 del 2008, determina una riflessione sulla possibilità che si possa verificare in futuro un rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale nell’ambito di un giudizio in via incidentale, in deroga, per così dire, alla tradizionale e consolidata impostazione che vuole che a sollevare la questione dinanzi alla Corte di giustizia sia il giudice comune. Si potrebbe, infatti, realizzare il caso di un controlimite che si ponga in conflitto con il diritto comunitario; in tal caso, anche se l’eventuale contrasto tra norme

---

<sup>320</sup> Art. 67, co. 1, del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea: «L’Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

<sup>321</sup> Cfr. Corte di giustizia, sentenza 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, sentenza 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*.

<sup>322</sup> Di “europeizzazione” dei controlimiti ha discusso, RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, p. 827 ss; si veda, anche, POLLICINO O., *Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 7 del paper; ID., *Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 1 del paper. Sugli artt. I-5 e I-6 della Costituzione europea (il primo espressivo di quello che è stato definito “il blocco di costituzionalità europeo”, in una logica di integrazione tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali; il secondo espressivo di “una sorta di gerarchizzazione ... tra le fonti” comunitarie e nazionali), si veda quanto afferma GIOVANNETTI T, *I rapporti fra Trattato costituzionale e Costituzioni nazionali davanti al giudice costituzionale*, in AA.VV., *Le “nuove” fonti comunitarie*, BLANCHI P.- CATELANI P.- ROSSI E., (a cura di), Padova, 2005, p. 58 ss..

<sup>323</sup> Si veda PASSAGLIA P. (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, op. cit., p. 27.



comunitarie e norme interne espressive di principi fondamentali potrebbe essere legittimamente proposto dal giudice comune con un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, appare, tuttavia, più opportuno che, trattandosi di controlimiti, fosse la stessa Corte costituzionale a rappresentare alla Corte di Lussemburgo le ragioni che giustificano l'eventuale *vulnus* alla uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio dell'Unione<sup>324</sup>.

## **Sezione II. Ordinamento italiano e ordinamento CEDU**

### **II.1 Il “dialogo” tra la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Strasburgo**

L'altro fronte sovranazionale (oltre a quello comunitario) sui diritti fondamentali è costituito dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

Nell'ambito della tutela multilivello dei diritti fondamentali si è sviluppato nel corso del tempo un dialogo sempre più denso tra questo ordinamento e l'ordinamento italiano; in relazione al processo di “integrazione” tra i due ordinamenti, si ritiene che l'oggetto primo di approfondimento debba riguardare la problematica relativa al rango normativo della CEDU e della giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento italiano.

Invero, si ritiene che il presupposto necessario affinché si possa instaurare un (fecondo) “dialogo” tra due soggetti, siano il riconoscimento e/o la considerazione reciproca tra gli “interlocutori”. A parere di chi scrive, tali elementi costituiscono, infatti, presupposti imprescindibili di qualunque tipologia di dialogo in quanto, senza la considerazione e/o il riconoscimento dell'altro, non si può parlare di dialogo, bensì di qualcos'altro.

Questa semplice, quanto importante considerazione, sta alla base della scelta di iniziare la presente trattazione esaminando, anzitutto, se e quale grado di “considerazione” – o per dirla in termini giuridici, “rango normativo” – l'ordinamento italiano riserva alla CEDU.

---

<sup>324</sup> Si veda PASSAGLIA P. (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, op. cit., p. 278

Il livello di integrazione normativa tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento della Convenzione è meno penetrante rispetto a quello comunitario, a causa di triplice ordine di motivi che Sergio Panunzio ha saputo egregiamente evidenziare: «Innanzitutto perché si tratta di un rapporto costruito sul modello «internazionalistico»; [...] in secondo luogo perché – diversamente da quanto accade in altri Paesi – l'integrazione normativa fra CEDU ed ordinamento italiano si svolge al livello della legislazione ordinaria [...], cioè al livello delle leggi ordinarie che hanno autorizzato la ratifica e dato esecuzione alla Convenzione [...]. In terzo luogo perché non c'è un rapporto istituzionale fra la Corte di Strasburgo ed i giudici nazionali, e meno che mai un rapporto di preminenza della prima nei confronti dei secondi [...]; manca [cioè] un rinvio pregiudiziale «convenzionale»<sup>325</sup>.

L'ordinamento italiano si è avvicinato alla CEDU seguendo l'impostazione dualistica che tradizionalmente caratterizza i rapporti del nostro sistema con il diritto internazionale<sup>326</sup>. Tanto premesso, le fonti del diritto internazionale non hanno effetti giuridicamente vincolanti all'interno del sistema giuridico nazionale sino a che esse non vengono trasposte in fonti del diritto interno. Una volta fatto ciò, le norme internazionali assumono nell'ordinamento italiano il medesimo valore dell'atto di recepimento; come per ogni altro trattato internazionale, anche la Convenzione europea è stata assoggettata a tali fondamentali principi. La CEDU, pertanto, non ha ricevuto inizialmente un trattamento giuridico *ad hoc* in considerazione dei peculiari contenuti che la contraddistinguono, ma è stata assoggettata al medesimo regime riservato dall'ordinamento ai trattati internazionali. Ne consegue che la Convenzione è divenuta giuridicamente efficace al momento del suo recepimento, avvenuto con legge 4 agosto 1955, n. 848, ed ha assunto la medesima efficacia dell'atto di recepimento, vale a dire quello di una comune legge ordinaria. Conseguentemente, per lungo tempo la Convenzione è stata pacificamente considerata in tutto e per tutto una fonte del diritto di tipo primario dal punto di vista dell'ordinamento interno.

---

<sup>325</sup> PANUNZIO P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, pp. 30 - 31. Per un inquadramento all'interno di una prospettiva storica, si veda MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2007, pp. 472 ss.; RIDOLA P., *Diritto comparato e Diritto costituzionale europeo*, pp. 187 ss.; REPETTO G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, pp. 191 ss..

<sup>326</sup> Cfr. CASSESE A., *Commento agli artt. 10 e 11 Cost.*, in BRANCA A. (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1978; D'ATENA A., *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. Giur.* 1988, vol. I.

Dottrina e giurisprudenza, nel corso del tempo, hanno concentrato la propria attenzione principalmente sull'individuazione del rango occupato nella gerarchia delle fonti dalla CEDU e sul rilievo ermeneutico da riconoscere alle disposizioni della Convenzione sia con riferimento alle interpretazioni offerte dalla Corte costituzionale, che alla giurisprudenza della Corte EDU.

In relazione alla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti, la dottrina ha elaborato diverse teorie volte a valorizzare il "contenuto costituzionale" della Convenzione e quindi a riconoscere un valore superiore a quello della legge ordinaria. Si possono individuare, seppur succintamente, quattro principali teorie<sup>327</sup>: quella, rimasta minoritaria, del cd. principio internazionalista, per il quale il dettato dell'art. 10, 1 co., Cost., nel prevedere la diretta applicazione delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute influirebbe anche sulla collocazione gerarchica delle norme di adattamento al diritto pattizio<sup>328</sup>; quella che si riferisce all'art. 2 Cost. nella attitudine ad essere una "clausola aperta"<sup>329</sup>, sostenuta *in primis* da Barbera<sup>330</sup>, che conferisce una tutela costituzionale anche ai diritti inviolabili non esplicitamente enunciati in Costituzione, ma derivanti dall'evoluzione della coscienza sociale e riconosciuti in documenti internazionali; la teoria del cd. "principio pacifista" che, invece, richiama l'art. 11 Cost., secondo il quale la CEDU deve essere considerata al pari dei altri trattati stipulati in ambito internazionale, al fine di creare "un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia delle nazioni"<sup>331</sup>; infine, la teoria che fa riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., così come riformato dalla Legge cost. n. 3/01, in base al quale la CEDU verrebbe considerata come norma interposta nei

---

<sup>327</sup> Nella suddivisione delle teorie si seguirà l'impostazione di CIERVO A., *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: profili dottrinali e giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it*, n. 5/11, pp. 2 ss., che a sua volta rimanda a TEGA D., *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in M. *Cartabia (a cura di), I diritti in azione*, op. cit., pp. 71 ss..

<sup>328</sup> Cfr. QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, pp. 42 ss.; BARILE P., *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, pp. 701 ss.. Si veda anche BONOMI A., *Il «limite» degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008, pp. 35 ss.

<sup>329</sup> Cfr. *supra*, cap. II, par. I.2.1.

<sup>330</sup> BARBERA A., *(Commento all') Art. 2 della Costituzione*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario alla costituzione*, op. cit., pp. 59 ss..

<sup>331</sup> Si veda MORI P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 1983, pp. 306 ss.; SORRENTI G., *Le carte costituzionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Politica del diritto*, 1997, *passim*. Infine si veda il saggio di BENVENUTI M., *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, II ed., Napoli, 2010, ed in particolare il II capitolo, intitolato "Il significato costituzionale del principio del ripudio della guerra contenuto nella prima proposizione dell'art. 11 Cost.", pp. 29 ss.

giudizi di costituzionalità delle leggi, laddove si sottopone la potestà legislativa dello Stato e delle regioni «al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»<sup>332</sup>.

In merito alla rilevanza delle disposizioni CEDU nel nostro ordinamento, per esemplificare il diverso atteggiamento mostrato dalla Consulta si può distinguere la giurisprudenza costituzionale – seguendo, peraltro, la distinzione già operata da altri Autori (tra i quali Piero Gaeta<sup>333</sup> e Diletta Tega) – in tre diverse fasi: «se nella prima l'attenzione dei giudici è concentrata sull'esame della CEDU e delle altre Carte dei diritti esclusivamente dal punto di vista del sistema delle fonti, nella seconda e nella terza invece è il rapporto di integrazione attraverso l'interpretazione tra Costituzione e Carte dei diritti a essere preso in considerazione in maniera preponderante»<sup>334</sup>.

### II.1.1 La fase del “gelido distacco”

La Corte costituzionale, riprendendo la considerazione svolta *supra* relativamente al concetto di dialogo, ha per molto tempo disconosciuto alla Corte EDU la qualità di interlocutore. La Consulta ha rifiutato i tentativi dottrinali volti a conferire alla CEDU una “copertura” costituzionale, escludendo, in altre parole, che tali norme pattizie si potessero collocare a livello di fonte equiparabile a quella costituzionale, così escludendo, implicitamente, ogni possibilità d'interlocuzione con la Corte che di quella normativa era il giudice.

Nella giurisprudenza degli anni '60-'70 il Giudice delle leggi, evitando non solo qualsiasi dichiarazione di principio, ma soprattutto un'univoca presa di posizione<sup>335</sup> di affrontare il problema di qualificazione della fonte CEDU, si limita ad affermare<sup>336</sup>

---

<sup>332</sup> Cfr. GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU alla luce dell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003, pp. 25 ss.; BARBERA A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in DE MARCO E.-BILANCI P. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, pp. 89 ss.; BONIMI A., *Il «limite» degli obblighi internazionali*, op. cit., pp. 186 ss..

<sup>333</sup> GAETA P., *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, in *Incontro di studio sul tema “I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e sopranazionali”*, Roma, 22-24 giugno 2009.

<sup>334</sup> Si veda TEGA D., *La CEDU nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 435.

<sup>335</sup> Così CIERVO A., *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 4.

<sup>336</sup> Si vedano a titolo esemplificativo le sentenze nn. 32 del 1960 e 104 del 1969.

che la normativa CEDU è fuori dalla portata dell'art. 10 Cost., trattandosi «si riferisce alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e non ai singoli impegni assunti in campo internazionale dallo Stato»<sup>337</sup>; oppure si limita a dire che è persino «superfluo prendere in esame il problema [...] del rango che assume, nel sistema delle fonti, la legge 4 agosto 1955, n. 848, che ha dato esecuzione in Italia alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, al fine eventuale di valutare le norme denunciate anche alla stregua dell'art. 6, n. 1, di detta Convenzione: giacché questo» articolo «nulla dice di più e di diverso rispetto ai principi costituzionali ai quali si è fatto fin qui riferimento»<sup>338</sup>.

Quindi la CEDU è solo un trattato internazionale; non è normativa “di diritto internazionale generalmente riconosciuta”, e, come tale, resta al di fuori del meccanismo di efficacia dell'art. 10 Cost.

Le norme della Convenzione venivano utilizzate dal Giudice delle Leggi *ad adiuvandum*, sotto il profilo argomentativo, senza considerare minimamente l'efficacia precettiva delle singole disposizioni della CEDU, al solo scopo, quindi, di rafforzare e di ampliare – in una prospettiva multilivello – il proprio ragionamento giuridico con riferimento ad altre Carte di diritti che non fossero la Costituzione italiana. È necessario evidenziare, inoltre, come la Consulta non si sia mai espressa sul rango normativo della Convenzione dando adito che in dottrina prevalessse – proprio in ragione di questa sua volontaria omissione – la tesi della resistenza passiva speciale *sui generis* dell'ordine di esecuzione della CEDU rispetto alle leggi interne ad esso cronologicamente successive<sup>339</sup>.

Il riconoscimento esplicito del rango ordinario attribuito alla CEDU dalla Corte costituzionale avvenne solo a partire dagli anni '80. La Consulta, in occasione delle sentenze 16 e 17 del 1981, infatti, affermò che, nonostante, il “contenuto particolare” della CEDU, essa doveva essere recepita nel nostro ordinamento attraverso con legge ordinaria.

---

<sup>337</sup> Cfr. C. cost. sent. 32/60, considerato in diritto, punto 3.

<sup>338</sup> Cfr. C. cost. sent. 123/70, considerato in diritto, punto 5.

<sup>339</sup> Tale tesi è da ricondurre a CONFORTI B., *La «specialità» dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, in *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978, pp. 188 ss. Ad avviso di questo autore, infatti, sarebbe possibile una prevalenza dei trattati internazionali rispetto alle leggi ordinarie ad essi posteriori, ma soltanto dal punto di vista ermeneutico. Le norme pattizie, quindi, una volta introdotte nel nostro ordinamento con legge ordinaria di esecuzione, andrebbero considerate *lex specialis* rispetto a tutte le altre disposizioni legislative aventi il medesimo contenuto. Tuttavia, tale specialità non dovrebbe considerarsi né *ratione personae*, né *ratione materiae*, perché essa si fonda sul particolare *iter* parlamentare con cui vengono prodotte le norme interne.

Nel contesto appena delineato, con una sentenza immediatamente successiva - la n. 15 del 1982<sup>340</sup> -, quasi a voler celare ogni dubbio sulla questione, la Consulta escluse categoricamente la possibilità di riconoscere un rango costituzionale alla Convenzione, anche al fine di evitare possibili ripensamenti da parte dei giudici *a quibus*, che avrebbero potuto equiparare la Convenzione medesima alle altre norme primarie dell'ordinamento giuridico<sup>341</sup>.

Nel medesimo periodo, parallelamente, si radica nella giurisprudenza della Corte il concetto per il quale i trattati internazionali debbano essere esclusi come parametro interposto *ex art. 10, co. 1, Cost.* Nella sentenza n. 323 del 1989, il Giudice costituzionale pone, in proposito, alcune importanti precisazioni teoriche. In ordine alla portata dell'art. 10, co. 1, Cost., la Corte – richiamando i lavori dell'assemblea costituente, nonché l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale – afferma che esso prevede l'adattamento automatico del nostro ordinamento esclusivamente alle «*norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*», intendendosi come tali le norme consuetudinarie. L'adattamento alle norme internazionali pattizie avviene, invece, per ogni singolo trattato con un atto *ad hoc*, consistente nell'ordine di esecuzione adottato di regola con legge ordinaria.

Ne consegue, che i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione, per cui quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva.

La Corte aggiunge, inoltre, che «è rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero un rango costituzionale comunque superiore, così da non poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta»<sup>342</sup>. Dunque, – secondo il Giudice delle leggi – non è possibile trarre dall'art. 10, comma 1 una norma generale del tipo: “i patti generali

---

<sup>340</sup> Si vedano in argomento le osservazioni a tale sentenza di CARLASSARE L., *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15 ?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, pp. 98 ss.

<sup>341</sup> Così CIERVO A., *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 5.

<sup>342</sup> C. cost., sent. n. 323/89, punto 4 del *considerato in diritto*.

sono da osservare”, così facendo dire alla norma costituzionale ciò che in realtà non dice, per poi applicare il meccanismo del parametro interposto e, così, far mutare il rango della fonte alla legge ordinaria che quei trattati ha introdotto.

È in questo quadro che si inserisce la sentenza n. 10 del 1993<sup>343</sup>, con cui la Corte, nell'analizzare l'articolo 6, comma 3, lettera a), della CEDU e nel metterlo in relazione con l'articolo 14, comma 3, lettera a), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, afferma che «le norme internazionali [...] sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice penale [...] perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinarie».

La Corte costituzionale per la prima volta, pur riconoscendo rango primario alla Convenzione, ne ha sottolineato una particolare forza passiva che non consentiva l'applicazione del criterio cronologico. Tuttavia la motivazione, seppur indubbiamente innovativa rispetto all'orientamento fino ad allora consolidato, restava oscura ed ambigua e si è rivelata del tutto isolata non trovando conferme nella giurisprudenza successiva.

---

<sup>343</sup> La questione, sollevata «in riferimento agli artt. 3, primo comma, 24, secondo comma, e 76 della Costituzione, aveva, tra l'altro, ad oggetto l'art. 555, terzo comma, c.p.p., nella parte in cui tale norma non prevede(va) che il decreto di citazione a giudizio debba essere notificato all'imputato straniero, che non conosce la lingua italiana, accompagnato da una traduzione nella lingua a lui nota. Ai fini che qui interessano, la violazione dell'art. 76 della Costituzione era dedotta argomentando che la norma impugnata non rispetterebbe la direttiva espressa dall'art. 2, prima parte, della legge 16 febbraio 1987, n. 81 (Delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale), che prescrive il rispetto delle norme e delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia relative ai diritti della persona e al processo penale. In particolare, il giudice a quo richiamava, innanzitutto, l'art. 6, terzo comma, lett. a), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848, il quale stabilisce che “ogni accusato ha diritto (..) a essere informato (..) in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico”. Inoltre, veniva richiamato l'art. 14, terzo comma, lett. a), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, ratificato con legge 25 ottobre 1977, n. 881, il quale stabilisce che “ogni individuo accusato di un reato ha il diritto (...) ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato in una lingua a lui comprensibile della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta”. Secondo il giudice rimettente, tali principi non potevano dirsi attuati da una norma, come quella dell'art.555, terzo comma, c.p.p., la quale non prevede che il decreto di citazione venga notificato all'imputato straniero, che non conosce la lingua italiana, tradotto in una lingua a lui nota. La Corte, in quella occasione, ha dichiarato infondate le questioni nei sensi di cui in motivazione (interpretativa di rigetto)».

## II.1.2. *Segue: la fase dell'“autosufficienza” dei diritti in Costituzione*<sup>344</sup>

Il Giudice delle leggi italiano, ignorando la Corte di Strasburgo e riconducendo al rango di fonte ordinaria le norme CEDU, negava loro, di fatto, significativa rilevanza nell'ordinamento interno.

In tal modo, le disposizioni CEDU, non avendo rango costituzionale, non potevano essere invocate da giudici comuni quali parametri al fine di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Le questioni nella quali i remittenti invocavano direttamente le norme convenzionali (senza indicare nessuna delle disposizioni della Costituzione in virtù delle quali le prime potrebbero assumersi, al limite, quale parametro interposto) venivano immediatamente respinte dalla Corte, con declaratoria di inammissibilità. Secondo la Corte non era possibile prospettare una questione di legittimità costituzionale avente quale parametro “diretto” una norma CEDU: «resta [...] esclusa la stessa prospettabilità [...] di una questione di legittimità costituzionale, tanto più quando (ord. 454/79) le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sé sole, quali parametri di giudizio»<sup>345</sup>. Tuttavia, come sopra evidenziato, la Corte ha, altresì, escluso che le norme di diritto internazionale pattizio rientrino nell'ambito di operatività dell'art. 10 della Costituzione, risultando, perciò, estranee alla categoria delle *norme internazionali consuetudinarie o generalmente riconosciute* – cui soltanto si riferisce il precetto costituzionale – con la conseguenza che non possono neppure fungere (*ex art. 10 Cost.*) da norme interposte.

Peraltro, a tali affermazioni seguono delle decisioni<sup>346</sup> della Corte in cui si riconosce una certa apertura di credito nei confronti della CEDU<sup>347</sup>.

Nella sentenza n. 388 del 1999<sup>348</sup>, la Corte afferma che «Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello

---

<sup>344</sup> Cfr. GAETA P., *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, in *Incontro di studio sul tema “I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e soprannazionali”*, Roma, 22-24 giugno 2009.

<sup>345</sup> C. cost. sent. n. 188/80.

<sup>346</sup> A titolo esemplificativo si vedano le sentt. nn. 342/99 e la 388/99.

<sup>347</sup> Cfr. TEGA D., *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit., p. 76.

<sup>348</sup> La sentenza è pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, pp. 2991 ss., con note di PINELLI C., *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e CEDU*, pp. 2997-3001; MONTANARI L., *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, pp. 3009 ss..



costituzionale [...], è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione [...]: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona [...], ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»<sup>349</sup>.

Dunque, le norme pattizie valgono, al più, quale generico indice ermeneutico, per interpretare quanto contenuto in Costituzione: ma quanto contemplato nella Carta fondamentale italiana esprime già un sistema perfetto e completo di garanzie, autosufficiente e non suscettibile di etero-integrazione.

E' questa la fase che potrebbe denominarsi "dell'assorbimento" e, se si vuole, "dell'autosufficienza" dell'ordinamento costituzionale italiano. Questa *primauté* assoluta del diritto costituzionale su quello pattizio è completata dalla c.d. "teoria dei controlimiti". Nata con riferimento al diritto comunitario<sup>350</sup> essa è stata ripresa ed estesa, in maniera sistematica anche al diritto pattizio con la sentenza del caso Baraldini<sup>351</sup>, avente ad oggetto una disposizione<sup>352</sup> della legge di esecuzione della Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, adottata a Strasburgo il 21 marzo 1983. In essa la Corte traccia i contorni che mirabilmente delineano lo scenario delle norme di diritto internazionale e riprende, sistematizzandola, la teoria dei "controlimiti". Appare, quindi, di notevole interesse riportare un passaggio del ragionamento del giudice delle leggi: «L'orientamento di apertura dell'ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali incontra i limiti necessari a garantirne l'identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione. Ciò vale perfino nei casi in cui la Costituzione stessa offre all'adattamento al diritto internazionale uno specifico fondamento, idoneo a conferire alle norme introdotte nell'ordinamento italiano un particolare valore giuridico. I «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» e i «diritti inalienabili della persona» costituiscono

---

<sup>349</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 388/99, punto 2.1 del *considerato in diritto*.

<sup>350</sup> Per quanto concerne i controlimi in ambito comunitario si rimanda a quanto scritto in questo capitolo, nei paragrafi da I.3 ss.

<sup>351</sup> C. cost. n. 73/2001.

<sup>352</sup> Ci si riferisce all'art. 2, L. 25 luglio 1988, n. 334.

infatti limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano «si conforma» secondo l'art. 10, comma 1, Cost. (sent. n. 48 del 1979); quanto alle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall'art. 11 Cost. o derivanti da tali organizzazioni (sentt. nn. 183 del 1973; 176 del 1981; 170 del 1984; 232 del 1989 e 168 del 1991). Le norme di diritto internazionale pattizio prive di un particolare fondamento costituzionale assumono invece nell'ordinamento nazionale il valore conferito loro dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione (sentt. nn. 32 del 1999; 288 del 1997; 323 del 1989). Quando tale esecuzione è disposta con legge, il limite costituzionale vale nella sua interezza, alla stregua di quanto accade con riguardo a ogni altra legge. Sottoponendo a controllo di costituzionalità la legge di esecuzione del trattato, è possibile valutare la conformità alla Costituzione di quest'ultimo (ad esempio, sentt. nn. 183 del 1994; 446 del 1990; 20 del 1966) e addivenire eventualmente alla dichiarazione d'incostituzionalità della legge di esecuzione, qualora essa immetta, e nella parte in cui immette, nell'ordinamento norme incompatibili con la Costituzione (sentt. nn. 128 del 1987; 210 del 1986)»<sup>353</sup>.

Sostanzialmente, con tale pronuncia la Corte afferma che le norme internazionali pattizie (come quelle della CEDU) rimangono prive di un particolare fondamento costituzionale e che le norme che le introducono nel nostro ordinamento – vale a dire le leggi di esecuzione del Trattato – possono essere scrutinate dal Giudice delle leggi al pari di ogni altra norma ordinaria<sup>354</sup>.

Si ribadisce, insomma, il primato della Costituzione e lo si rafforza, sotto il profilo teorico, la teoria dei “controlimiti”. Si tratta di concetti che la Corte riprenderà, con una sistemazione pressoché definitiva, con la sentenza n. 348 e 349 del 2007, a cui tra breve si darà ampio respiro.

Dal quadro storico ricostruito, emerge un atteggiamento decisamente restrittivo da parte del giudice costituzionale, diretto a negare una qualsivoglia di rilevanza costituzionale – o anche sub-costituzionale – alle norme della Convenzione ed a ricondurre le antinomie tra questa e le leggi interne a controversie tra fonti di pari rango. In senso difforme, tuttavia, non sono mancate “vivaci” teorie che in qualche caso hanno trovato seguito giurisprudenziale in alcune pronunce della giurisdizione

---

<sup>353</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 73/01, punto 3.1 del *considerato in diritto*.

<sup>354</sup> Cfr. GAETA P., *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente*, op. cit..

ordinaria, tentando di seguire la strada della “disapplicazione” della norma interna confliggente, almeno laddove si poteva rinvenire una conforme e consolidata interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo.

Il tentativo di applicare alla Convenzione il criterio cd. della *prevalenza* – vale a dire il meccanismo della soccombenza della norma interna incompatibile, che la Corte costituzionale ha elaborato nella nota sentenza La Pergola, la n. 170 del 1984, in riferimento al diritto comunitario – è stato ciclicamente proposto nei decenni passati, trovando sempre, tuttavia, soluzioni negative. Lo aveva già suggerito una episodica giurisprudenza negli anni sessanta, dopo le prime pronunce sul punto del giudice costituzionale: ma la Corte di Cassazione aveva congelato il problema, evitando espressamente di pronunciarsi, pur avendone, in tema di un ancora inedito diritto alla riservatezza, una favorevole occasione<sup>355</sup>. Un interessante sviluppo della posizione della Suprema Corte si era avuto, poi, in occasione del caso Medrano<sup>356</sup>, allorché la prima sezione penale della Cassazione aveva escluso il parallelismo col diritto comunitario, pur richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee che impone ai giudici nazionali di applicare la Convenzione in quanto vincolati ai principi generali del diritto comunitario tra cui tali norme si annoverano<sup>357</sup>.

Tali tentativi, a distanza di circa un decennio, sono riemersi, sia presso la magistratura di merito<sup>358</sup>, che presso quella di legittimità<sup>359</sup>.

---

<sup>355</sup> Ci si riferisce al noto caso *Soraya*, oggetto di Cass. Civile, sez. 1, sent. n. 2129 del 27 maggio 1975 (Rv. 375878).

<sup>356</sup> Cass. pen., sez. 1, sent. n. 2194 del 12 maggio 1993 Cc. (dep. 10/07/1993) Rv. 195661, in *Cass. pen.*, 1994, 440-443, la cui massima ufficiale recita: «La particolare forza di resistenza, rispetto alla normativa ordinaria successiva, della regola di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che tende a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie da parte dei pubblici poteri, comporta che la disposizione di cui all'art. 86 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (T.U. leggi sugli stupefacenti), relativa all'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione dello straniero dallo Stato, deve essere interpretata nel senso che l'applicazione pratica di questa ultima non può risolversi immotivatamente nella violazione del principio sancito nella norma convenzionale. Pertanto, poiché, quando uno straniero possiede una famiglia in un Paese determinato, l'esecuzione della misura di espulsione costituisce una ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita familiare quale garantito al paragrafo 1 dell'art. 8 della predetta Convenzione, per ritenere giustificata la violazione di tale diritto, la misura di espulsione deve risultare necessaria in una società democratica. (Fattispecie relativa ad annullamento dell'ordinanza confermativa dell'espulsione con rinvio allo stesso giudice perché proceda all'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, nel rispetto del principio sancito dall'art. 8 della Convenzione di cui sopra)»

<sup>357</sup> Sentenza *Nold* del 14 maggio 1974 e sent. *Hauer* del 13 dicembre 1979: e ciò anche in virtù dell'art. F del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, ora art. 6 del Trattato dell'Unione.

<sup>358</sup> Quanto alle pronunce di merito che disapplicano la norma interna incompatibile con la CEDU, si segnalano: Tribunale di Genova, *sentenza 23-30 novembre 2000 n. 4114* (in *Bollettino ligure di giurisprudenza del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1 del 2001, 1-3); Tribunale di Genova, *sentenza 8*

A questo punto, riteniamo sia doveroso fornire un quadro ricognitivo di tale giurisprudenza, anche in considerazione del fatto essa costituisce un “precedente” importante rispetto alle recenti sentenze del Consiglio di Stato (n. 1220 del 2010) e del T.A.R. Lazio (n. 11984 del 2010), che saranno successivamente oggetto di disamina<sup>360</sup>.

Le affermazioni dei giudici comuni, che ci si appresta sinteticamente ad analizzare, sono state qualificate ardite se non addirittura “spregiudicate” da parte della dottrina non tanto rispetto alla tematica della diretta applicabilità, quanto piuttosto per lo scopo perseguito e per l’esito realizzato<sup>361</sup>.

La prima delle tre sentenze che meritano sicuramente attenzione in questa sede è quella pronunciata il 19 settembre 2000 dalla Commissione Tributaria Regionale di Milano<sup>362</sup>. La quinta sezione, infatti, disapplicò l’art. 4, lett. e), del D.P.R. n. 634 del

---

novembre 2000; Tribunale di Genova, sentenza 4 giugno 2001, in *Foro it.*, 2001, 2653 ss.; Commissione Tributaria regionale di Milano, sentenza 19 settembre 2000, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2001, 160 ss.; Corte d’appello di Roma, sez. Lav., ordinanza 11 aprile 2002, pubblicata sul sito [www.giust.it](http://www.giust.it); infine, Corte d’appello di Firenze 20 gennaio 2005, n. 111, sul sito [www.dirittiuomo.it](http://www.dirittiuomo.it).

<sup>359</sup> Cfr. *ex multis* Cass. civ., sez. 1, sent. n. 10542 del 19 luglio 2002 (Est. Benini) (Rv. 555953). Sintomatico è il fatto che la Corte, nonostante l’affermazione del criterio della prevalenza della norma CEDU e della sua diretta applicazione nell’ordinamento interno, rigetti la richiesta di “pregiudiziale convenzionale” (modellata sull’omologa pregiudiziale comunitaria) affermando (massima ufficiale) che «Il par. 2 art. 6 del trattato di Maastricht del 7.2.92, che impone all’Unione il rispetto dei diritti fondamentali della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, costituisce una direttiva per le istituzioni comunitarie e non una norma comunitaria rivolta agli stati membri, onde, non potendo ritenersi che le disposizioni della suddetta Convenzione e quella del Trattato costituiscano parte integrante del diritto comunitario, non può demandarsene l’interpretazione alla Corte di giustizia della Comunità, con la conseguenza che va dichiarata inammissibile la richiesta di rinvio pregiudiziale a tale scopo proposta». Si veda, inoltre, la pronuncia a Sezioni Unite, Cass. Sez. Un. Civili, sent. n. 28507 del 23 dicembre 2005, Pres.: Carbone; Est. Vitrone (Rv. 586701), la cui massima ufficiale, sul punto, è la seguente: «In tema di equa riparazione per la irragionevole durata del processo ai sensi dell’art. 2 della legge n. 89 del 2001, la fonte del riconoscimento del relativo diritto non deve essere ravvisata nella sola, citata normativa nazionale, coincidendo il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla legge nazionale con la violazione della norma contenuta nell’art.6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge n. 848 del 1955, e, pertanto, di immediata rilevanza nell’ordinamento interno. Ne consegue che il diritto all’equa riparazione del pregiudizio derivato dalla non ragionevole durata del processo, verificatosi prima della entrata in vigore della citata legge n. 89 del 2001 va riconosciuto dal giudice nazionale anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto prima di tale data il giudizio del quale si lamenta la durata eccessiva, con il solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e dalla stessa dichiarata ricevibile».

<sup>360</sup> Cfr. *infra*, par. II.6.1 e II.6.2.

<sup>361</sup> GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 25. In verità, rispetto al carattere “ardito” dello scopo, basti qui ricordare che l’Autore lo riferisce in particolare alla seconda delle sentenze che ci si appresta ad analizzare (Trib. Genova, sent. 4 giugno 2001, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2653 ss.), mediante la quale il giudice ha mirato apertamente a sconfessare una precedente decisione della Corte costituzionale in cui era stata “assolta” la stessa legge che il tribunale era tenuto ad applicare.

<sup>362</sup> Commissione tributaria Regionale di Milano, sez. V, 19 settembre 2000, op. cit..

1972<sup>363</sup> sulla base della seguente argomentazione: «La tassazione [...] è avvenuta sulla base di una disposizione legislativa messa in vigore dallo Stato italiano in violazione non soltanto del diritto comunitario, ma anche in violazione di uno dei diritti fondamentali, il (diritto di proprietà) contemplati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. [...] È nota [...] la particolare caratteristica che differenzia la CEDU dalla gran parte delle Convenzioni internazionali, consistente nel fatto che ciascuna delle Alte Parti contraenti ha dichiarato di riconoscere direttamente ad ogni persona sottoposta alla propria giurisdizione, i diritti e le libertà enunciati nella CEDU medesima. [...]. È noto, infine, che la CEDU si fonda esclusivamente sul principio di “sussidiarietà”, nel senso che, conformemente a quanto riconosciuto nel suo art. 1, il rispetto e la tutela dei diritti enunciati nella CEDU deve essere assicurato, in primo luogo, direttamente dagli ordinamenti di ciascuno Stato contraente, sia attraverso le fonti normative nazionali, sia mediante la diretta applicazione della CEDU da parte dei suoi organi amministrativi e giurisdizionali». Secondo questa ricostruzione l'onere di dare applicazione immediata all'art. 1 del Protocollo n. 1 e, conseguentemente, di disapplicare il suddetto art. 4, lett. e), sarebbe derivato dal principio di sussidiarietà, al quale si conforma il “sistema CEDU”. Va rilevato infatti che, sebbene la norma interna si ponesse in contrasto anche con una disposizione di diritto comunitario (cosa che avrebbe giustificato senza problemi la disapplicazione della stessa), tuttavia si trattava di una direttiva<sup>364</sup> non *self-executing*.

Il collegamento con il diritto comunitario è, invece, del tutto assente nella sentenza *Traghetto c. Ente Poste* del giugno 2001<sup>365</sup> con cui il Tribunale di Genova ha disapplicato l'art. 9, comma 21, ultima parte, del D.L. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito nella L. 28 novembre 1996, n. 608<sup>366</sup>, in quanto in contrasto con l'art. 6

---

<sup>363</sup> Questa disposizione prevede l'assoggettamento dell'emissione di obbligazioni alla tassazione proporzionale dell'1%. Nella causa in esame essa viene considerata dal ricorrente in contrasto con l'art. 11 della direttiva n. 69/335 CEE (che impediva la tassazione dei prestiti obbligazionari), nonché con l'art. 1 Prot. n. 1 della CEDU, che sancisce il diritto di proprietà inteso come diritto al libero godimento di ogni bene, ivi comprese le somme di denaro.

<sup>364</sup> Cfr. Direttiva n. 69/335 CEE.

<sup>365</sup> Tribunale di Genova, *sentenza 4 giugno 2001*, cit.

<sup>366</sup> La disposizione vietava al giudice di operare la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto cui fosse stato illegittimamente apposto un termine. Questa norma era stata inserita dal nostro legislatore esclusivamente per incidere su un contenzioso seriale di notevoli dimensioni (e deciderlo in senso favorevole all'Ente Poste).

CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>367</sup>. Per quel che qui interessa, è opportuno notare come, prima di giungere alla conclusione della disapplicazione, il giudice ligure si fosse interrogato sulla sorte delle disposizioni interne in contrasto con la CEDU, riservando particolare considerazione all'analisi svolta dalla giurisprudenza in tema di rapporti tra norme interne e norme comunitarie. Merita a tal proposito di essere riportato il seguente passaggio della sentenza: «[...] i rapporti tra le norme dello Stato italiano da un lato, le norme comunitarie e quelle della Convenzione dall'altro, sono retti dai medesimi principi. Queste ultime prevalgono sul diritto interno, in cui sono direttamente applicabili, in forza di una limitazione di sovranità dello Stato che trova fondamento nell'art. 11 della Costituzione. Inoltre l'ordinamento interno da un lato, quello comunitario e quello sorto dalla Convenzione dall'altro, si pongono quali ordinamenti autonomi e distinti. Attesa l'identità di principi su cui si inquadra l'intera materia appare del tutto coerente che la giurisprudenza, sul tema dell'incompatibilità tra norme della convenzione e norme interne, sia pervenuta, sia pure a seguito di analisi meno approfondite, a soluzioni del tutto analoghe a quelle [...] cui è pervenuta in relazione al conflitto tra ordinamento comunitario e interno».

Sulla medesima linea della decisione appena riportata, con esiti ancor più estremi, si pone la sentenza della Corte d'Appello di Roma dell'aprile 2002<sup>368</sup>. Il giudice del lavoro in questo caso si rifiutò di dare applicazione all'art. 11, comma 2, della legge n. 533 del 1973<sup>369</sup>, in quanto in contrasto con il principio di effettività dell'accesso agli organi giurisdizionali fissato dall'art. 6 CEDU e dall'art. 47 della Carta di Nizza. Ad un'analisi superficiale si potrebbe dire che il giudice abbia disapplicato la norma interna per contrasto con una norma comunitaria ma, posto che il richiamato art. 47 della Carta di Nizza non era una disposizione direttamente applicabile, l'unico argomento valido, per quanto problematico, per sostenere l'illegittimità della normativa interna era quello relativo al contrasto con la norma CEDU<sup>370</sup>.

---

<sup>367</sup> L'interpretazione in parola è contenuta nella sentenza della Corte EDU *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis Grecia* del 1994 in cui i giudici di Strasburgo avevano affermato che “il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo consacrati dall'art. 6 CEDU si oppongono ad ogni ingerenza del potere legislativo, al fine di influire sulla conclusione giudiziaria di una lite, nell'amministrazione della giustizia”.

<sup>368</sup> Corte d'Appello di Roma, sez. lavoro, 11 aprile 2002, op. cit., pp. 2221 ss.

<sup>369</sup> Precisamente nella parte in cui esso subordinava il “diritto al gratuito patrocinio” al limite reddituale di 2 milioni di lire annui.

<sup>370</sup> Si veda SANTOLI P., *La disapplicazione di leggi ordinarie in contrasto con la CEDU*, in *Giurisprudenza*

Non è certamente sfuggito che in tutti i casi menzionati i giudici comuni avrebbero potuto invocare – come parametri alla stregua dei quali verificare la legittimità delle norme “incriminate” – le disposizioni della Costituzione: gli artt. 41 e 42 nel primo caso; gli artt. 101, 102 e 104 nel secondo; l’art. 24 nel terzo. La chiara opzione di prendere invece direttamente in esame le norme sopranazionali ha messo in luce, allora come ora, una tendenza delle giurisdizioni di merito a ritagliarsi una maggiore “libertà di manovra” in un’area nevralgica come quella dei diritti fondamentali.

Come acutamente rilevato, questo atteggiamento, ormai “diffuso” tra i giudici comuni, è stato probabilmente il risultato di una insoddisfazione di fondo rispetto al ruolo della Corte costituzionale che, lo si ricordi, prima delle sentenze del novembre 2007, non si era mai occupata con la dovuta attenzione delle vicende relative all’implementazione della CEDU, fornendo al massimo delle risposte “superficiali” e comunque non in grado di fotografare la compiuta “internazionalizzazione” del diritto interno.

### **II.1.3 *Segue*: la fase “dell’apertura”: le sentenze nn. 348 e 349 del 2007**

#### **II.1.3.1 Il nuovo articolo 117, primo comma della Costituzione**

Gli orientamenti giurisprudenziali che sono andati sviluppandosi in relazione agli effetti della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ordinamento italiano appena delineati, hanno stimolato una presa di posizione chiarificatrice da parte della Corte costituzionale, intervenuta con le sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

In verità un intervento della Corte costituzionale sul punto era atteso da molto tempo anche per altre ragioni. Con la riforma costituzionale del titolo V, il testo costituzionale è stato arricchito di una disposizione, contenuta nell’art. 117, primo comma della Costituzione, ove si afferma che «*la potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto degli obblighi internazionali*». L’interpretazione di questa nuova disposizione, introdotta con la riforma costituzionale del 2001, è stata sin dagli inizi molto controversa e problematica; tuttavia, la sua presenza nel testo costituzionale esige che ne fosse chiarita la portata, potenzialmente in grado di innovare anche in modo molto significativo i principi fondamentali dei rapporti tra diritto interno e diritto

---

*costituzionale*, 2002, p. 2228

internazionale. Mentre la Corte costituzionale esitava, evitando accuratamente per più di cinque anni<sup>371</sup> di prendere posizione sull'impatto del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, la dottrina ha avanzato molte possibili interpretazioni, riconducibili a tre filoni principali. Alcuni Autori hanno sostenuto che dalla collocazione sistematica di questa disposizione e dai lavori parlamentari si desumerebbe che essa non è in grado di innovare complessivamente i rapporti tra l'ordinamento italiano e le fonti internazionali<sup>372</sup>; altri al contrario hanno ritenuto che con il nuovo art. 117 Cost. l'ordinamento italiano abbia compiuto un passaggio decisivo verso un sistema monistico, che importerebbe automaticamente tutti i trattati internazionali tramite l'art. 117 primo comma, con una nuova clausola di adattamento automatico<sup>373</sup> paragonabile a quella operante ai sensi dell'art. 10 Cost. relativamente alle norme internazionali generalmente riconosciute. Una terza, e a mio parere più convincente lettura, pone invece l'accento sui vincoli al legislatore introdotti dalla nuova disposizione costituzionale e spiega il significato dell'art. 117, primo comma della Costituzione nel senso che esso non determina un mutamento di rango – da legislativo a costituzionale – di tutti i trattati internazionali dal punto di vista della loro forza attiva, ma offre loro una copertura costituzionale determinandone una capacità di resistenza all'abrogazione, cosicché il legislatore successivo deve sempre rispettare i trattati internazionali sottoscritti e regolarmente recepiti in Italia. Nel caso in cui una disposizione di legge italiana violi un trattato, essa potrebbe essere sindacata dalla Corte costituzionale alla luce dell'art. 117 primo comma, utilizzando come norme interposte quelle dei trattati violati<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> La prima sentenza in cui la Corte costituzionale dà applicazione all'art. 117, 1° co novellato nel 2001 è la n. 406 del 2005, relativa peraltro ai vincoli comunitari, che, come noto, seguono un regime distinto rispetto agli obblighi internazionali.

<sup>372</sup> Si veda ad esempio PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.* 2001, V, 194 ss.; CANNIZZARO E., *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. Dir. int.*, 2001, 921 ss..

<sup>373</sup> A titolo esemplificativo si veda D'ATENA A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2002, 916 ss.

<sup>374</sup> Tra i molti interventi che sostengono questa lettura si segnala il primo intervento dottrinale in questa direzione: LUCIANI M., *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; CONFORTI B., *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.* 2002, V, 229 ss.; SORRENTINO F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2002, 1355 ss.; BARBERA A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in BILANCIA P.- DE MARCO E. (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, Giuffrè, 2004, 89 ss. In generale, per una rassegna completa ed approfondita delle posizioni dottrinali sull'interpretazione del nuovo testo dell'art. 117, primo comma della Costituzione si veda, riassuntivamente SERGES G., *Art. 117, 1° co*, in *Commentario alla Costituzione*, op. cit., vol. III, 2213 ss.



Questa interpretazione, che ha incontrato ampio consenso in dottrina, sembra essere stata fatta propria anche dal legislatore ordinario, con la legge n. 131 del 2003, di attuazione della riforma costituzionale del titolo V, art. 1, comma 1<sup>375</sup>. Seguendo questa interpretazione, con specifico riferimento ai rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano, l'art 117 primo comma permetterebbe di riconoscere alla CEDU una forza passiva superiore alle leggi ordinarie e dunque il valore di parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, senza elevarla al rango delle fonti costituzionali sul lato attivo, con importanti conseguenze in termini di bilanciamento dei valori e di possibilità di utilizzare il margine di apprezzamento che la CEDU e la sua Corte concedono agli Stati.

Tra le varie, possibili interpretazioni dell'art. 117, primo comma della Costituzione, questa era parsa anche a chi scrive la più convincente, sia in linea generale, sia con specifico riguardo al problema degli effetti della CEDU nell'ordinamento italiano. Alla vigilia delle pronunce della Corte costituzionale si osservava<sup>376</sup> che a differenza di altri riferimenti costituzionali ipoteticamente eleggibili a strumenti di copertura costituzionale della CEDU, quali i già ricordati artt. 2, 10 o 11 Cost., la scelta di impostare, o reimpostare, i rapporti tra l'Italia e la CEDU sulla base del nuovo art. 117 Cost. non avrebbe comportato una vera e propria costituzionalizzazione della Convenzione, sia in termini di forza attiva che passiva, che avrebbe avuto come necessaria conseguenza quella di obbligare la Corte costituzionale a farsi garante dei diritti fondamentali così come interpretati dalla Corte di Strasburgo. Il ricorso all'art. 117, primo comma della Costituzione come norma di copertura costituzionale per la Convenzione europea dei diritti comporta da un lato degli *effetti più ampi*, perché non permette di differenziare il rango della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da tutti gli altri trattati internazionali. Per altri aspetti, però, l'art. 117 primo comma produce *effetti meno intensi*, perché non comporta di necessità l'attribuzione di un pieno rango costituzionale alla CEDU, ma solo il riconoscimento di una sua resistenza

---

<sup>375</sup> Tale disposizione recita: «Costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione, quelli derivanti dalle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, di cui all'articolo 10 della Costituzione, da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'articolo 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali». Sul punto si veda CAVALIERI P., *Articolo 1*, in CAVALIERI P.-LAMARQUE E. (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione : commento alla legge La Loggia (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, Giappichelli, 2004, 1-24.

<sup>376</sup> Cfr. CARTABIA M., *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in BIN R.-BRUNELLI G.-PUGIOTTO A.-VERONESI P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 1ss..

passiva rinforzata di fronte ad eventuali disposizioni di legge interne contrastanti con i diritti protetti dalla CEDU (e con le altre norme internazionali pattizie). Tale sembra essere la strada prescelta dalla Corte costituzionale con le sentt. nn. 348 e 349 ora costituiranno oggetto di dettagliata analisi.

### II.1.3.2 Le sentenze “gemelle” della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007

Il dialogo tra le Corti ha conosciuto uno “spartiacque” epocale, quanto all’efficacia delle pronunce della Corte EDU ed ai rapporti tra quest’ultima ed il giudice delle leggi, con le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007<sup>377</sup>.

Con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 la Corte costituzionale ha dato un rilevante contributo al riordino dei rapporti tra l’ordinamento italiano e quello della Convenzione europea dei diritti dell’uomo che, come si è visto, da tempo necessitavano di alcune chiarificazioni.

---

<sup>377</sup> Per un commento alle pronunce in questione, tra le tantissime, si vedano i contributi di: CARTABIA M., *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.* 2007, 3564; DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale*, in *Foro amministrativo* 2008; TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2008 fasc. 1, pp. 133 – 137; NAPOLI C., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, ivi, fasc. 1, pp. 137 – 140; GUAZZAROTTI A., *La Consulta “guarda in faccia” gli obblighi internazionali e la CEDU*, in *Studium iuris*, 2008 fasc. 3, pp. 275 – 283; CALVANO R., *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008 fasc. 3, pp. 573 – 578; CONTI R., *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corriere giuridico*, 2008 fasc. 2, pp. 205 – 222; MIRATE S., *CEDU, parametro di costituzionalità per l’indennità d’esproprio e risarcimento danni da occupazione acquisitiva*, in *Urbanistica e appalti*, 2008 fasc. 2, pp. 163 – 173; ID, *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di “convenzionalità” ex art. 117 Cost.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008 fasc. 1, pp. 65 – 79; RANDAZZO B., *Costituzione e Cedu il giudice delle leggi apre una “finestra” su Strasburgo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008 fasc. 1, pp. 25 – 3; TRAVI A., *In tema di compatibilità della legge italiana con la Cedu*, in *Il Foro italiano*, 2008 fasc. 1, pt. 1, pp. 41 – 44; CAPPUCCIO L., *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell’uomo e Costituzione*, in *Il Foro italiano*, 2008 fasc. 1, pt. 1, pp. 47 – 50; RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale*, *Temi, tecniche e cronache della costituzionalizzazione europea - Forum: La CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale -*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008 fasc. 1, pp. 215 – 220; MONTANARI L., *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito*, ivi, pp. 204 – 215; CAFARI PANICO R., TOMASI L., *Il futuro della CEDU tra giurisprudenza costituzionale e diritto dell’Unione*, ivi, pp. 186 – 204; BULTRINI A., *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l’inizio di una svolta?*, ivi, pp. 171 – 186; CANCELLA F.A., *Norme della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) e art. 117, comma 1, della Costituzione. Brevi note a margine delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Nuove autonomie*, 2007 fasc. 3-4, pp. 630 – 636

Benché diverse per oggetto e non del tutto sovrapponibili nei vari passaggi argomentativi, le due pronunce fissano alcuni principi fondamentali nell'ambito della discussione appena tracciata.

In particolare si vuole qui evidenziare la qualificazione della Cedu come fonte ordinaria, però dotata di copertura costituzionale in forza del nuovo art. 117, comma 1 Cost. e sull'attrazione nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale di tutte le questioni di compatibilità tra le leggi interne e la Convenzione europea, che vale ad escludere il potere di disapplicazione delle leggi nazionali da parte dei giudici ordinari<sup>378</sup>.

In riferimento al profilo concernente l'individuazione della disposizione costituzionale che desse copertura superprimaria alla Cedu, occorre osservare che la Corte avrebbe potuto seguire altre strade già indicate dalla dottrina. In effetti, da molto tempo si percepiva l'inadeguatezza della tradizionale impostazione che riconduceva la CEDU al regime comune dei trattati internazionali, che in base al principio dualistico assumono nell'ordinamento interno lo stesso valore dell'atto di recepimento, e dunque, nel caso della CEDU, quello di una comune legge ordinaria. In qualche misura, l'oggetto della Convenzione - i diritti fondamentali - o, se si preferisce, il suo valore assiologico risultava sproporzionato rispetto al suo *status* come fonte del diritto, che la voleva relegata nel rango di una qualunque legge ordinaria. La stessa giurisprudenza costituzionale si era da tempo mostrata molto attenta alla giurisprudenza di Strasburgo, valorizzandola ampiamente sul piano interpretativo<sup>379</sup>. Si avvertiva da più parti la necessità di dotare la Convenzione di un'adeguata copertura costituzionale<sup>380</sup>, riconoscendo alla stessa il ruolo di parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale della legge violatrice dei diritti convenzionali.

---

<sup>378</sup> Come si evince dall'attenzione dei commentatori, focalizzata su questi punti, si tratta di aspetti centrali delle due pronunce in commento. Tra i molti commenti si veda la nota di D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte sub-costituzionale del diritto*, in *Quad. cost.* n. 1 del 2008.

<sup>379</sup> Queste evoluzioni sono bene evidenziate da TEGA D., *Le carte dei diritti nella giurisprudenza e (oltre)*, in PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista Giurisprudenza costituzionale per il cinquantesimo anniversario*, Milano 2006, pp. 953 ss..

<sup>380</sup> Cfr. PANARA C., *Il diritto internazionale nell'ordinamento interno: quid iuris?*, in *www.federalismi.it* 1/2007, spec. par. 7.

La copertura costituzionale, come visto in precedenza, è stata individuata di volta in volta dai vari autori, alternativamente o cumulativamente, negli artt. 2, 10, 11, 111 o 117 Cost.

In ogni caso, la Corte costituzionale ha implicitamente<sup>381</sup> o esplicitamente scartato tutte le strade fin qui ricordate, per prediligere l'art. 117, comma 1, Cost.. Più precisamente, le due sentenze in esame escludono, la possibilità di una copertura costituzionale del "sistema" CEDU, sulla base non solo dell'articolo 10, primo comma della Costituzione, ma soprattutto dell'articolo 11 e questo perché la Convenzione «[...] non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale [...] da cui derivano «obblighi» per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possono promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli stati membri»<sup>382</sup>. Escludendo la possibilità di una copertura costituzionale della CEDU, sulla base dell'articolo 11 della Carta fondamentale, quindi, la Corte esclude la possibilità di una disapplicazione da parte dei giudici ordinari delle norme interne contrastanti con la Convenzione.

Pertanto, ad avviso della Corte, è alla luce della complessiva disciplina stabilita dalla Costituzione, che «[...] deve essere preso in considerazione e sistematicamente interpretato l'art. 117, primo comma, Cost.»<sup>383</sup> nella parte in cui afferma «la potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto degli obblighi internazionali».

L'interpretazione di questa disposizione, introdotta con la riforma costituzionale del 2001, è stata molto controversa. Alcuni hanno sostenuto che dalla collocazione sistematica di questa disposizione e dai lavori parlamentari si desumerebbe che essa non è in grado di innovare complessivamente i rapporti tra l'ordinamento italiano e le

---

<sup>381</sup> Nelle sentenze che qui si commentano la Corte costituzionale ha serbato il più rigoroso silenzio su una soluzione basata sull'art. 2 della Costituzione. Tuttavia si può affermare che la strada imboccata con l'art. 117, comma 1 sia incompatibile con il richiamo all'art. 2, in quanto quest'ultima ipotesi condurrebbe proprio a quella piena costituzionalizzazione della Convenzione europea che la Corte costituzionale ha esplicitamente e ripetutamente negato.

<sup>382</sup> Punto 3. 3. del "Considerato in Diritto" della sentenza n. 348/2007. Si veda anche il punto 6. 1. Del "Considerato in Diritto" della sentenza n. 349/2007, dove si legge che: «In riferimento alla CEDU, questa Corte ha, inoltre, ritenuto che l'art. 11 Cost. «neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980), conclusione che si intende in questa sede ribadire. Va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una «materia» in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità».

<sup>383</sup> Punto 6. 2. del "Considerato in Diritto" della sentenza 349/2007.

fonti internazionali<sup>384</sup>; altri all'opposto hanno ritenuto che l'ordinamento italiano abbia compiuto un passaggio decisivo verso un sistema monistico, che importerebbe automaticamente tutti i trattati internazionali tramite l'art. 117, comma 1, con una clausola di adattamento automatico<sup>385</sup> paragonabile a quella dell'art. 10 Cost. relativamente alle norme internazionali generalmente riconosciute. Una terza e più convincente lettura pone invece l'accento sui vincoli al legislatore introdotti dalla nuova disposizione costituzionale e spiega il significato dell'art. 117, comma 1, Cost. nel senso che esso non determina un mutamento di rango - da legislativo a costituzionale - di tutti i trattati internazionali dal punto di vista della loro forza attiva, ma offre loro copertura costituzionale determinandone una capacità di resistenza all'abrogazione, cosicché il legislatore successivo deve sempre rispettare i trattati internazionali sottoscritti e regolarmente recepiti in Italia. Nel caso in cui una disposizione di legge italiana violi un trattato, essa potrebbe essere sindacata dalla Corte costituzionale alla luce dell'art. 117, comma 1, utilizzando come norme interposte quelle dei trattati violati<sup>386</sup>.

Questa, in definitiva è stata l'interpretazione prescelta dalla Corte costituzionale in riferimento alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con le sentt. nn. 348 e 349 del 2007.

Seguendo questa interpretazione, l'art. 117, comma 1 permette di riconoscere alla CEDU una forza passiva superiore alle leggi ordinarie e dunque il valore di parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, senza elevarla al rango delle fonti costituzionali sul lato attivo, con importanti conseguenze in termini di bilanciamento dei valori e di possibilità di utilizzare il margine di apprezzamento che la CEDU concede agli Stati<sup>387</sup>. A differenza di altre ipotesi, l'art. 117, comma 1 non conduce alla completa costituzionalizzazione della Convenzione. L'art. 117, comma 1, Cost., produce effetti meno intensi e meno dirompenti rispetto agli altri parametri,

---

<sup>384</sup> Cfr. ad esempio PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.* 2001.

<sup>385</sup> Cfr. ad esempio D'ATENA A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. parl.* 2002, 916 ss.

<sup>386</sup> Tra i molti interventi che sostengono questa lettura si segnala il primo intervento dottrinale in questa direzione: LUCIANI M., *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) ora in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, n. 1 del 2002; SORRENTINO F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubb. comp. eur.* 2002, 1355 ss..

<sup>387</sup> Una critica di questo aspetto viene mossa da MOSCARINI A., *Indennità di espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

permettendo alla Corte costituzionale di espungere le normative che, come quelle sulla misura dell'indennizzo per l'espropriazione e per l'occupazione acquisitiva, violano gli *standard* di tutela europei, evitando al contempo di importare pedissequamente nell'ordinamento interno qualunque affermazione in materia di diritti proveniente da Strasburgo.

La scelta del parametro è strettamente collegata all'altro importante principio affermato nelle sue sentenze gemelle dell'ottobre 2007, ovverosia l'individuazione del rimedio giurisdizionale appropriato per risolvere i contrasti normativi tra ordinamento italiano e norme convenzionali nel giudizio di costituzionalità di competenza della Corte costituzionale stessa.

La Corte afferma in modo inequivocabile che i problemi di contrasto tra le normative italiane e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo configurano vere e proprie questioni di legittimità costituzionale e non sono, dunque, di pertinenza dei giudici ordinari. Più precisamente, questi ultimi non sono abilitati a risolvere tali questioni tramite la disapplicazione della legislazione nazionale, perché il regime giuridico riservato alle norme comunitarie non può essere esteso alle norme della Convenzione. Il concetto che il sistema CEDU non è paragonabile a quello dell'Unione europea viene ribadito a chiare lettere dalla Corte, data la confusione che talora si era riscontrata nella giurisprudenza ordinaria da alcuni anni: «La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento [...] nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto». E poco più avanti: «Correttamente il giudice a quo ha escluso di poter risolvere il dedotto contrasto della norma censurata con una norma CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, procedendo egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non compatibile con la seconda»<sup>388</sup>. E ancora: «inesatto è sostenere che la incompatibilità della norma interna con la norma CEDU possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune». «Qualora [il giudice comune] dubiti della compatibilità della

---

<sup>388</sup> C. cost., sent. n. 348 del 2007, punto 3.3 e punto 3.4 della motivazione.

norma interna con la norma convenzionale interposta, egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale»<sup>389</sup>.

Pertanto, il rimedio giurisdizionale da utilizzare in caso di contrasti tra leggi interne e Convenzione europea non è la disapplicazione della legge da parte dei giudici ordinari, bensì il giudizio di legittimità costituzionale della Corte costituzionale. Tale chiarimento operato dalla Corte, anche se apparentemente scontato, è, invece, motivo di apprezzamento, dato che il panorama della giurisprudenza italiana sui rapporti tra fonti interne e Convenzione europea<sup>390</sup> si presentava particolarmente confuso, o fantasioso, con grave pregiudizio per la certezza dei diritti e dell'eguaglianza dei cittadini, i quali trovavano risposte assai diversificate, in ragione della diversa sensibilità dei singoli giudici alla dimensione europea dei diritti fondamentali. Ci si riferisce ai casi di disapplicazione della legislazione interna per contrasto con la Cedu analizzati in precedenza<sup>391</sup>, talvolta frutto di una maldestra confusione tra diritto comunitario e diritto convenzionale, talaltra esito di ragionamenti più sofisticati, e non di meno fuorvianti, basati su una supposta "comunitarizzazione" della Convenzione europea ad opera dell'art. 6 del Trattato UE, il quale, appunto, richiama la Convenzione.

Con le sentenze in commento, la Corte costituzionale ha fissato dei paletti e tracciato i confini relativamente a tale argomento, da un lato distinguendo chiaramente il diritto comunitario dal diritto convenzionale e dall'altro riservando solo al primo il rimedio giurisdizionale diffuso della disapplicazione. Invero, la disapplicazione della legge nazionale ha fatto il suo ingresso nell'ordinamento italiano solo ed esclusivamente in ossequio ad un preciso imperativo della Corte di Giustizia di Lussemburgo, formulato nella notissima sentenza *Simmenthal* del 1978, i cui principi sono stati accolti dalla Corte costituzionale - non senza esitazioni e perplessità - solo

---

<sup>389</sup> C. cost., sent. n. 349 del 2007, punto 6.1 e punto 6.2 della motivazione.

<sup>390</sup> GUAZZAROTTI A., *La Cedu e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.* 2006, 491 ss.; GUAZZAROTTI A.-COSSIRI A., *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rass. Amv. Stato*, n. 3 del 2006; RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in ZANON N. (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006, 295 ss.

<sup>391</sup> Tuttavia, esempi di disapplicazione si ritrovano anche nelle more del giudizio della Corte costituzionale. Ad esempio, la Corte di appello di Firenze aveva proceduto alla disapplicazione della legge interna oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, proprio in materia di misura dell'indennizzo per le occupazioni acquisitive e per le espropriazioni. Si vedano App. Firenze, sez. I civ., 27 febbraio 2005, n. 570 del 2005 in materia di occupazione acquisitiva; App. Firenze, sez. I civ., 14 luglio 2006, 1402 del 2006, in materia di indennità di esproprio: entrambe disapplicano i criteri stabiliti dalla legislazione italiana per far spazio a quelli stabiliti dalla Corte di Strasburgo. Si tratta solo di alcuni esempi tra molti ormai rinvenibili nella giurisprudenza dei giudici di merito.

a partire dalla sent. n. 170 del 1984<sup>392</sup>. Non poche difficoltà, anche di ordine costituzionale (art. 101 Cost.), suggerivano prudenza nel riconoscere ai giudici comuni il potere di disapplicare la legge nazionale. Più in generale, la disapplicazione diffusa della legge è un rimedio che nasce e si sviluppa in ambienti di *common law*, dove i giudici sono formati all'arte dell'uso del precedente, seguendo principi e raffinate distinzioni stratificatesi in una lunga e consolidata tradizione. Fuori da tale contesto sembra prudente circoscrivere il potere di disapplicazione della legge entro gli stretti limiti in cui è imposto dal diritto comunitario, vale a dire per assicurare la diretta applicabilità dei regolamenti o gli effetti diretti alle altre norme comunitarie che rispondano ai requisiti fissati dalla Corte di Lussemburgo. Relativamente a ciò, ci si riserva di approfondire successivamente (par. II.6 ss.) tutte le problematiche connesse all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Sempre in riferimento alla disapplicazione, quando la Consulta, nei passaggi delle sentenze “gemelle”, afferma che «le norme CEDU [...] non producono effetti diretti nell'ordinamento interno»<sup>393</sup>, intende propriamente escludere la disapplicazione della legge da parte dei giudici comuni. L'espressione effetto diretto, a parere di chi scrive, è qui intesa nel significato “comunitario” del termine in relazione alla disapplicazione e non, invece, come una esclusione dei giudici ordinari, al pari di tutte le altre autorità pubbliche, nel garantire l'applicazione della CEDU e della giurisprudenza che da essa si sviluppa nei limiti dei poteri di ciascuna autorità stabiliti dalla Costituzione.

Nel senso appena descritto, le affermazioni della Corte non mortificano l'operato dei giudici ordinari né tanto meno li emarginano dal sistema «multilivello» della tutela dei diritti fondamentali. «La Corte mira, piuttosto, a precisare il loro ruolo, riconducendolo nell'alveo dell'interpretazione adeguatrice, mettendo in evidenza che essi non sono né soli né abbandonati a se stessi nello svolgimento del compito della tutela dei diritti. Essi sono piuttosto parte di una complessa rete giurisdizionale che comprende anche le Corti costituzionali e le Corti europee»<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> Cfr. *supra*, cap. III, par. I.4.3.

<sup>393</sup> C. cost., sent. 348 del 2007, punto 3.3 della motivazione. Questo passaggio delle argomentazioni della Corte costituzionale ha destato più di una critica, soprattutto da parte di chi teme un regresso e una perdita di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo, deresponsabilizzando le autorità interne rispetto agli impegni assunti in sede di Consiglio d'Europa. Sul punto si vedano le importanti considerazioni di BULTRINI A., *Le sentenze 348 e 349 (2007) della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* n. 1 del 2008.

<sup>394</sup> CARTABIA M., *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, op. cit..



Come precedentemente sottolineato, negli anni più recenti, in assenza di indicazioni risolutive da parte della Corte costituzionale, le tensioni tra l'ordinamento interno e la Convenzione europea si sono scaricate in misura forse eccessiva sui giudici comuni; essi, tuttavia, devono operare cercando soluzioni che armonizzino il diritto interno con l'ordinamento CEDU<sup>395</sup>. Nell'ambito dei diritti fondamentali, infatti, occorre abbracciare la logica dell'armonizzazione, dell'interpretazione, dei bilanciamenti, fin dove è possibile<sup>396</sup>.

Con altrettanta chiarezza e determinazione debbono, però, anche essere ricordati i limiti dell'azione dei giudici comuni. Di fronte ai contrasti tra diritto interno e Convenzione europea i giudici ordinari debbono e possono agire nei limiti dell'*interpretazione adeguatrice*<sup>397</sup>, mentre è loro preclusa la strada della *disapplicazione* del diritto interno.

Questo imprescindibile confine è stato tracciato con precisione e rimarcato con insistenza dalla Corte costituzionale in particolare nella sent. n. 349: «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile [...] egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale»<sup>398</sup>.

Corre l'obbligo evidenziare come però già prima della decisione della Corte, la dottrina più attenta aveva sottolineato «il dovere del giudice nazionale di interpretare il proprio ordinamento in modo conforme alla CEDU, per come essa vive nella giurisprudenza della Corte europea. La vincolatività di tale giurisprudenza (anche al di là del caso deciso) non può condurre, però, a non applicare il diritto nazionale, quando esso ha un contenuto che non consenta in alcun modo una interpretazione conforme a detta giurisprudenza. In tal caso si impone al giudice di sollevare una questione di costituzionalità. Il problema interpretativo derivante dalla giurisprudenza

---

<sup>395</sup> RUGGERI A., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, relazione C.S.M, Roma 28 febbraio - 2 marzo 2007, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14032.pdf>; LUPO E., *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf>.

<sup>396</sup> In questo senso si vedano anche le osservazioni di RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale e astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), che critica le sentenze qui in commento perché troppo schiacciate su una impostazione logico formale, tipica delle fonti del diritto.

<sup>397</sup> I confini dell'interpretazione adeguatrice sono assai problematici, come emerge dalla riflessione di LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi e l'interpretazione «conforme a»*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>398</sup> Sent. n. 349 del 2007, punto 6.2. *in diritto*.

della Corte europea si sostanzia, cioè, nella alternativa tra interpretazione conforme a detta giurisprudenza ed incidente di costituzionalità. [...] Dopo la modifica della Costituzione apportata dalla l. 18 ottobre 2001 n. 3, la questione di costituzionalità di una norma in contrasto con la CEDU trova un immediato, ancorché controverso, riferimento nell'art. 117, comma 1, Cost.»<sup>399</sup>.

## **II.2 Gli effetti delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo negli ordinamenti nazionali**

Il nuovo corso della giurisprudenza costituzionale italiana in materia di rapporti con la CEDU inaugurato con le due sentenze “gemelle” appena esaminate, è stato sollecitato anche da importanti cambiamenti nel sistema CEDU in merito agli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo.

Il procedimento giurisdizionale avanti alla Corte si conclude con una sentenza della Camera o della Grande Camera, il cui valore, in caso di accertamento di una violazione della Convenzione, è formalmente dichiarativo<sup>400</sup>. Pertanto, la Corte non ha il potere di pronunciarsi sulla compatibilità di una normativa interna con la Convenzione, ma è tenuta ad accertare esclusivamente se l'applicazione di una determinata disposizione nazionale al caso di specie contrasti o meno con il testo convenzionale o con i Protocolli addizionali.

---

<sup>399</sup> LUPPO E., *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, op. cit., p. 18.

<sup>400</sup> Ai sensi degli artt. 42 e 44 della Convenzione, le sentenze delle Camere acquistano il carattere di “definitività” nel momento in cui le parti dichiarano di non voler chiedere il rinvio della controversia alla Grande Camera; decorsi tre mesi dalla data della sentenza, senza che sia stato richiesto il rinvio alla Grande Camera, quando il collegio della Grande Camera respinge la domanda di rinvio formulata ai sensi dell'articolo 43. *A contrariis*, le sentenze della Grande Camera sono definitive, come disposto dal primo comma dell'articolo 44. Occorre, tuttavia, precisare che alla sentenza possono seguire ulteriori decisioni: il Regolamento della Corte conferisce a questa ultima la facoltà di pronunciare una sentenza interpretativa di una sua pronuncia precedentemente resa (art. 79 del Regolamento); di iniziare una procedura di revisione su richiesta di una parte entro sei mesi dalla data in cui la parte ha acquisito conoscenza di un elemento decisivo di cui l'interessato ignorava, senza colpa, l'esistenza (articolo 80 del Regolamento); infine, entro un mese dalla pronuncia di una sentenza la Corte può procedere, sia *motu proprio* che su istanza di parte, alla rettifica di errori di redazione o di evidenti inesattezze (articolo 81 del Regolamento). Per una trattazione diffusa degli argomenti sopra evocati, si rinvia, *inter alia*, a BULTRINI A., *Sentenze delle Camere, Rinvio dinanzi alla Grande Camera, Sentenze definitive*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, op. cit., pp. 674 ss. Opinione differente è espressa da MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931, p. 292 ss., secondo il quale la formula riparatoria della sentenza internazionale dovrebbe avere valenza “dispositiva”, cioè costitutiva del caso concreto.

Nella pratica, tuttavia, dottrina e giurisprudenza hanno interpretato in modo ampio l'incisività delle sentenze della Corte rispetto agli ordinamenti degli Stati convenuti. Esemplificativo di quanto appena enunciato è l'*obiter dictum* della Corte nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, in cui il Giudice di Strasburgo si è espresso nei seguenti termini: «le sentenze in effetti non servono solo per decidere i casi portati dinanzi alla Corte, ma, più in generale, per chiarire, salvaguardare e sviluppare le regole poste dalla Convenzione così contribuendo all'osservanza da parte degli Stati degli impegni da loro assunti in quanto Parti contraenti»<sup>401</sup>. La portata innovativa di tale affermazione è stata ridimensionata da una successiva pronuncia nella quale la Corte ha ribadito che se da un canto «è inevitabile che la decisione della Corte avrà effetti che si estendono al di là dei confini di questo specifico caso», dall'altro «la decisione non può essa stessa annullare o abrogare queste disposizioni: la sentenza della Corte possiede un carattere essenzialmente dichiarativo»<sup>402</sup>. Di fronte a tale orientamento giurisprudenziale, tendenzialmente ambiguo, è lecito interrogarsi sugli obblighi che incombono agli Stati membri della Convenzione rispetto alle pronunce della Corte.

Anzitutto, essi sono chiamati ad eseguire le sentenze della Corte pronunciate nei casi che li riguardano direttamente; in secondo luogo, essi sono tenuti a considerare e valutare le potenziali implicazioni nei loro ordinamenti da parte di sentenze pronunciate in altri casi. In altri termini, tutte le Parti contraenti della Convenzione hanno l'obbligo di garantire la conformità dei propri *interna corporis acta* ai diritti ed alle libertà tutelati dalla Convenzione e dai suoi Protocolli, così come interpretati dalla Corte<sup>403</sup>. In questo modo le pronunce della Corte di Strasburgo sono potenzialmente in grado di produrre effetti *ultra vires*.

Corre l'obbligo, pertanto, analizzare in dettaglio la portata delle stesse rispetto agli Stati parti della controversia risolta dal Giudice di Strasburgo.

Ai sensi dell'articolo 46 primo comma della Convenzione: «Le Alti Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle

---

<sup>401</sup> Corte, 18 gennaio 1978, caso *Irlanda c. Regno Unito*, Serie A, n. 25, par. 154.

<sup>402</sup> Corte, 13 giugno 1979, caso *Marckx c. Belgio*, Serie A n. 31, par. 58.

<sup>403</sup> Cfr. A. DRZEMCZEWSKI, *Commento all'articolo 46 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, (traduzione di G. RAIMONDI) in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario*, op. cit., pp. 686 ss. Sembra opportuno evocare l'orientamento di una scuola di pensiero di crescente importanza, in base al quale le sentenze della corte produrrebbero un effetto *erga omnes*: cfr. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 1999; DRZEMCZEWSKI e TAVERNIER, *L'exécution des «décisions» des instance international de controre dans le domaine des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international* (Colloque de Strasbourg, Société pour le droit international, 1998) 197-270, spec. 252.

quali sono parti». Una volta constatata una violazione da parte della Corte, lo Stato convenuto ha il dovere di compiere tutto quanto è in suo potere per porre termine alla stessa violazione ed eliminarne le conseguenze al fine di ristabilire, per quanto possibile, la situazione anteriore alla stessa violazione<sup>404</sup>. L'obbligazione di eseguire la sentenza della Corte è un'obbligazione di risultato<sup>405</sup> e, di conseguenza lo Stato è libero di scegliere i mezzi per ottenerlo. A seconda dell'origine della violazione constatata, lo Stato interessato è obbligato da una parte ad adottare misure inerenti al caso individuale, dall'altra se le circostanze lo richiedono, misure di carattere generale che oltrepassano i confini del caso specifico.

Quanto alle misure individuali, la constatazione di una violazione della Convenzione da parte di uno Stato membro, richiede che quest'ultimo intraprenda un'azione riparatrice che può consistere in un'accelerazione di procedimenti che siano durati troppo a lungo, l'eliminazione di un'iscrizione dal casellario giudiziale, etc. Tuttavia, qualora il diritto interno dello Stato non consenta di garantire la restituito *in integrum*, il ricorrente può ottenere «un'equa soddisfazione» attraverso il duplice canale delle Autorità nazionali ovvero della Corte, in forza dell'articolo 41 della Convenzione. Occorre precisare che la Corte potrà accordare un'equa soddisfazione a condizione che il diritto interno dello Stato convenuto non consenta di eliminare totalmente le conseguenze della decisione o della misura oggetto del contendere<sup>406</sup>.

Ferma restando la buona prova della pratica della equa soddisfazione, il sistema così concepito potrebbe consentire che rimanga ferma una decisione interna, magari gravida di conseguenze anche su beni sensibilissimi, come la libertà personale, che la Corte ha stigmatizzato, in quanto contraria alla Convenzione. In ragione di ciò, in seguito all'esame di alcuni casi che avevano dato luogo a gravi problemi di esecuzione a causa dell'assenza di adeguati strumenti nazionali di riparazione, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, responsabile, come si dirà, della corretta

---

<sup>404</sup> « Un arrêt constatant une violation entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique, au regard de la Convention, de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci». Corte, *Papamichalopoulos c. Grecia*, 31 ottobre 1995, *Serie A*, n.330 B, par. 34. *Akdivar e altri c. Turchia*, 1 aprile 1998, Raccolta, 1998-II, fasc. 69, par. 47, Risoluzione del Comitato dei Ministri in *Partito Socialista e altri c. Turchia*, DH (99) 245 e 529).

<sup>405</sup> Cfr. SALERNO F., *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 03, pp. 637 ss..

<sup>406</sup> Per ragioni di economia della sistematica non si darà conto in maniera esaustiva della disciplina prevista dalla Convenzione in materia di equa soddisfazione; pertanto si rinvia a SUNDERBERG FREDERIK, *Articolo 41, Equa soddisfazione* (traduzione di GUIDO RAIMONDI), in S. BARTOLE, CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario*, op. cit., pp. 661 ss.

implementazione delle sentenze della Corte da parte degli Stati destinatari, ha adottato il 19 gennaio 2000 la nota Raccomandazione n. R(2000) relativa al riesame ed alla riapertura di taluni casi a livello interno inseguito a pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo. In particolare, sembra opportuno riportare due importanti passaggi della risoluzione in parola: il Comitato dei Ministri rileva, da un canto, che il dovere di adeguarsi alle sentenze della Corte, può comportare per lo Stato convenuto: «l'adozione di misure, diverse dall'equa soddisfazione accordata dalla Corte in conformità all'articolo 41 della Convenzione e/o delle misure generali, affinché la parte lesa si ritrovi, nella misura del possibile, nella situazione in cui essa si trovava prima della violazione della Convenzione (*restituito in integrum*)». Per altro verso, il Comitato ha affermato all'interno della Raccomandazione che «vi sono delle circostanze eccezionali nelle quali il riesame di un caso o la riapertura di un procedimento è apparso essere il mezzo più efficace, se non il solo, per realizzare la *restituito in integrum*». Sebbene la Raccomandazione in discorso, sul piano giuridico-formale, non goda di nessuna forza vincolante, alla stregua di quanto accade per gli altri analoghi atti del Comitato, è giocoforza riconoscerne l'impatto positivo in termini di efficienza nella tutela dei diritti dell'uomo da parte degli Stati<sup>407</sup>, refrattari ad adeguarsi alle sentenze della Corte. In tal senso la prassi italiana costituisce un vivido esempio: nel caso di procedimenti giudiziari italiani che a parere della Corte contenevano gravi violazioni delle garanzie processuali previste dall'articolo 6 della Convenzione, la prassi del Comitato dei Ministri si è orientata nel senso di pretendere, sul piano delle misure individuali, la riapertura dei procedimenti penali in questione, al fine di consentire ai ricorrenti di poter beneficiare di un nuovo processo «purgato» della violazione<sup>408</sup>. Con la soluzione del caso *Dorigo, leading case* in materia, la Corte di Cassazione ha avallato tale prassi: la Corte, nell'attesa di una nuova legislazione in

---

<sup>407</sup> In tal senso sono otto gli Stati parti che ammettono in via giurisprudenziale la possibilità di riaprire un processo a seguito di una sentenza della Corte europea, indipendentemente dall'esistenza di una disciplina legislativa *ad hoc* (vale a dire: Austria – che di recente si è dotata di legislazione specifica – Belgio, Danimarca, Finlandia, Slovacchia, Spagna, Svezia, Russia); sono, invece, quattordici i Paesi che si sono dotati di una legislazione speciale per regolare il ricorso alla revisione quale misura riparatoria da adottarsi in esecuzione di una sentenza della Corte europea (Austria, come detto; Bulgaria; Croazia; Francia; Germania; Grecia; Lituania; Lussemburgo; Norvegia; Polonia; Slovenia; Svizzera; Regno Unito); sono, ancora, otto i Paesi nei quali, mancando una specifica disciplina, si ritiene impossibile la revisione del giudicato in ambito penale (Cipro, Irlanda, Italia, Lettonia, Liechtenstein, Paesi Bassi, Portogallo e Romania) ed, infine, quattro i Paesi ritenuti “prossimi” a varare provvedimenti legislativi in materia (Belgio, Romania, Turchia e, secondo gli osservatori internazionali, anche l'Italia).

<sup>408</sup> Cfr. RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione*, op. cit, pp. 121 ss.

materia di riapertura dei processi, ha ritenuto che la detenzione del Sig. Dorigo, in palese violazione dell'articolo 46 della Convenzione, e, di fronte all'inerzia del legislatore, fosse illegittima e ne ha, dunque, ordinato la scarcerazione, consentendo al Comitato dei Ministri di chiudere il caso<sup>409</sup>.

La *restituito in integrum* e l'equa soddisfazione costituiscono, dunque, le misure individuali cui lo Stato deve ricorrere al fine di eseguire la *voluntas* del Giudice europeo, ma, come osservato in precedenza, lo Stato condannato è frequentemente tenuto a realizzare anche misure generali all'uopo richieste dalla Corte. Tale ipotesi si verifica nel caso in cui la violazione della Convenzione da parte di uno Stato parte non costituisce la conseguenza di un occasionale e sporadico caso di cattivo funzionamento dell'ordinamento giuridico dello Stato convenuto, bensì è determinata dalla struttura complessiva e originaria dello stesso, che può risultare viziata a livello di legislazione primaria, secondaria o anche amministrativa. In passato l'individuazione di siffatte misure veniva effettuata in via esclusiva dal Comitato dei Ministri, in quanto organo "supervisore" della esecuzione delle sentenze della Corte da parte degli Stati convenuti<sup>410</sup>. Le istanze rivolte dai ricorrenti alla Corte di Strasburgo, allo scopo di ottenere una sollecitazione da parte di quest'ultima *vis-à-vis* degli Stati convenuti per l'adozione di misure generali, venivano respinte dal Giudice dei diritti dell'uomo sulla base del fatto che ai sensi dell'articolo 46 comma 1, la sentenza della Corte lascia allo Stato la scelta dei mezzi da usare nell'ordinamento nazionale per dare effetto alla sua obbligazione.

Attualmente, rispetto a quanto appena delineato, la situazione ha subito una notevole evoluzione.

Invero, a cominciare dal caso *Broniowski c. Polonia*, accade sempre più spesso che la Corte di Strasburgo, con un'"interpretazione estensiva" del disposto dell'art. 46 "suggerisca" allo Stato quali misure (individuali o di portata generale) adottare, incidendo in tal modo non solo, come "in teoria" dovrebbe essere, sull'*an* relativo all'obbligo da parte dello Stato nei confronti del quale è stata adottata una decisione di conformarsi alla stessa, ma anche sul *quomodo*, relativo alla indicazione delle misure

---

<sup>409</sup> Cassazione, Sez. I penale, 25 gennaio 2007, *Dorigo*, sent. n. 2800 ud. 01/12/2006 - deposito del 25/01/2007, ric. Dorigo. Un altro caso emblematico in materia è il caso *Somogy*, Cass., Sez. I pen., sent. 12 luglio 2006, n. 32678 (dep. 3 ottobre 2006), ric. Somogy.

<sup>410</sup> Per una illustrazione dei casi maggiormente rilevanti in materia, si rinvia a DREMCZEWSKI, *Articolo 46, op.cit.*, 691.

nazionali che gli Stati devono assumere in sede di esecuzione della decisione stessa, al fine di adempiere a tale obbligo<sup>411</sup>.

Orientamento che è stato confermato dalla Grande Chambre nel caso *Öcalan*<sup>412</sup>, dove la Corte, dopo aver premesso il principio tradizionale in base al quale lo Stato condannato è libero di definire le modalità della esecuzione, spiega che ci sono casi sia pure eccezionali in cui esiste un solo modo per porre rimedio alla violazione della norma convenzionale ed è quello cui lo Stato è comunque tenuto. Ne è una conferma, in altre circostanze, il comportamento dello Stato italiano: dando seguito a quanto stabilito dalla Corte europea, il legislatore ha novellato l'art. 175 cod. proc. pen. per consentire di rinnovare il processo penale a seguito di irregolare sentenza contumaciale<sup>413</sup>. Lo stesso vale per l'iscrizione delle sentenze europee "definitive" nel casellario giudiziale (D.P.R. n. 289/05), un atto che necessariamente presuppone effetti "diretti" già determinatisi nella sfera di rilevanza giuridica del soggetto. La Corte di cassazione ha recentemente ritenuto di poter dare immediata efficacia ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo "a fronte della estrema chiarezza" del suo contenuto riguardo al carattere iniquo della pena detentiva (nel caso di specie si trattava di ergastolo) inflitta ad un individuo, affidando il compito della rimodulazione al giudice dell'esecuzione<sup>414</sup>.

Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo generalmente non si spinge ad asserire la diretta efficacia della misura riparatoria indicata. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo generalmente non si spinge ad asserire la diretta efficacia della misura riparatoria indicata. Il 1° marzo 2006 la Corte europea di Strasburgo, riunita nella Grande Camera, si è definitivamente pronunciata sul caso *Sejdovic c. Italia*<sup>415</sup>, confermando quanto già statuito il 10 novembre 2004 dalla prima sezione della Corte in ordine alla violazione da parte dell'Italia dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti umani. La Corte, riscontrata l'assenza nell'ordinamento giuridico italiano di strumenti in grado di rimuovere il pregiudizio cagionato al ricorrente, in questo caso

---

<sup>411</sup> Cfr. ESPOSITO V., *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della corte europea dei diritti umani*, testo della relazione predisposta per il tirocinio in materia ordinamentale riservato agli uditori giudiziari. Roma, 30-9-2002. Già in passato la Corte aveva dimostrato di poter interferire più attivamente nella scelta dei mezzi a disposizione dello Stato per l'esecuzione di una sua decisione. Vedi Corte europea dei diritti dell'uomo, *Deweert c. Belgio*, 27-2-1980, par. 38, che metteva in causa l'articolo 11 della Legge belga del 22-1-1945.

<sup>412</sup> Grande Chambre, 12-5-2005, *Ocalan c. Turchia*, ric. 46221/99.

<sup>413</sup> Legge n. 60/2005, che converte il d.l. n. 17/2005.

<sup>414</sup> Cass., 28 aprile 2010 n. 16507 (<http://www.guidaaldiritto.ilssole24ore.com>).

<sup>415</sup> Cfr. *Sejdovic c. Italia* (GC), sentenza del 1° marzo 2006.

non si è limitata ad accordare a Sejdovic l'«equa soddisfazione» prescritta dall'art. 41 della Convenzione europea, ma ha imposto allo Stato – reo di aver violato le garanzie processuali – l'obbligo di riaprire il processo anche se già conclusosi con sentenza passata in giudicato. La Corte evidenzia, quindi, come esuli dalle proprie competenze l'indicazione delle modalità e delle forme dell'eventuale nuovo processo<sup>416</sup>, in modo da preservare quel “margine di apprezzamento” che è riconosciuto agli Stati. «L'insistenza sulla discrezionalità dello Stato al riguardo comprende non solo i possibili contenuti astrattamente equivalenti alla riparazione in forma specifica indicata dalla Corte europea, ma anche le forme attraverso cui pervenirvi per rimediare al disfunzionamento strutturale»<sup>417</sup>.

Pertanto, la soluzione più idonea consiste nell'intervento da parte del legislatore<sup>418</sup> che, sulla scorta delle “indicazioni” della Corte europea, ponga in essere un *restyling* dell'ordinamento interno.

Nel caso in cui, invece perduri l'inerzia del legislatore, sono prospettabili due scenari. Il primo scenario ipotizzabile è che il contrasto sia risolto in via ermeneutica dagli stessi giudici ordinari attuativa della formula “riparatoria” indicata dalla Corte europea, in virtù del vincolo al rispetto degli obblighi internazionali che colpisce ogni organo dello Stato. Tale impostazione, che costituisce la prima delle risorse che devono essere messe in campo per assicurare conformità convenzionale alla legge interna<sup>419</sup> – ovviamente nel caso in cui perduri l'inerzia del legislatore – prevede il rilevante limite del divieto di “disapplicare” una norma interna che sia in contrasto con l'obbligo internazionale.

Tuttavia, vi sono ipotesi in cui tale vincolo non opera ed allora il giudice comune può e deve, in quanto organo dello Stato italiano destinatario dell'obbligo, applicare direttamente la sentenza europea nell'ordinamento interno. Il caso più semplice è quello di una violazione strutturale dovuta ad un orientamento interpretativo della giurisprudenza nazionale riguardo ad una determinata disposizione di legge. In tal

---

<sup>416</sup> Sent. 1 marzo 2006, punto 127; si veda *ex multis* sent. 27 aprile 2006, ric. n. 30961/03, *Sannino*, *Reports of Judgments and Decisions*, 2006-VI, p. 287 ss., par. 48.

<sup>417</sup> Cfr. SALERNO F., *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., che rinvia a sent. *Ocalan c. Turchia*, ric. 46221/99, *cit.*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2005-IV, p. 131 ss., par. 210.

<sup>418</sup> Corte cost., sent. 26 novembre 2009, n. 311, par. 9; si veda anche sent. 30 aprile 2008 n. 129, *Rivista*, 2008, p. 881 ss., par. 3.

<sup>419</sup> Si veda CANZIO G., KOSTORIS R.E., RUGGERI A., *Gli effetti dei giudicati “europei” sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2/2011.



caso, il vincolo dell'interpretazione conforme discendente dall'art. 117, 1° comma, Cost., giustificerebbe un mutamento di giurisprudenza sul significato di determinate disposizioni interne, permettendo in tal modo il rispetto dell'obbligo di riparazione richiesto dalla Corte europea dei diritti umani.

Se l'opera interpretativa non riesce, allora si apre il secondo scenario che consiste nel sollevare la questione di illegittimità costituzionale della disposizione che con "violazioni sistemiche" crea il "disfunzionamento strutturale" avanti alla Corte, che sarà messa nelle condizioni di poter accertare l'inadempienza del legislatore ed, eventualmente di intervenire con una sentenza "additiva" tesa a conseguire il risultato richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>420</sup>. La Consulta, infatti, quale custode della sovranità costituzionale dello Stato, è in grado di richiamarsi a quel "margine di apprezzamento" in materia costituzionale, operando il necessario bilanciamento di valori con altri valori parimenti rilevanti<sup>421</sup>.

In un tale contesto si colloca la recentissima sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale<sup>422</sup> che è intervenuta nuovamente<sup>423</sup> nel caso *Dorigo* con una pronuncia di tipo "additiva" e di "di principio".

I giudici costituzionali, in tale pronuncia, dichiarano l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1 CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

---

<sup>420</sup> Cfr. *infra* C. cost. sent. n. 113/11.

<sup>421</sup> Cfr. SALERNO F., *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., che rimanda a Corte cost., sent. 4 dicembre 2009 n. 317, par. 7 ed afferma che: «La Corte europea dei diritti dell'uomo non si pone normalmente la questione degli effetti retroattivi della propria pronuncia, come invece fa la Corte di giustizia (cfr. sent. 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne*, par. 219). Pertanto è significativa a questo riguardo la Sent. 27 febbraio 2008 n. 39, *Rivista*, 2008, p. 1215 ss., par. 5, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato (par. 5) "la illegittimità costituzionale degli articoli 50 e 142 della legge fallimentare di cui al r.d. n. 267 del 1942" ancorché abrogato dal d.lgs. n. 5 del 2006, in quanto il "regime di incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento" era stato considerato incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte della omologa Corte».

<sup>422</sup> Cfr. par. II.6.3 per un'analisi più approfondita della sentenza.

<sup>423</sup> Corre l'obbligo puntualizzare che, sebbene, la pronuncia in esame abbia accolto, contrariamente a quanto avvenuto con la decisione 129/08, la questione di legittimità costituzionale, non può assolutamente discorrersi di un *revirement* della Corte Costituzionale, inammissibile in un ordinamento improntato al rigoroso divieto del *né bis in idem*. Va sottolineato infatti che la precedente sentenza costituzionale, n. 129 del 2008, giungeva alla declaratoria di infondatezza della questione di legittimità costituzionale sulla base dell'inadeguatezza dei parametri costituzionali richiamati, ovvero gli artt. 3, 10 e 27 Cost., e ritenendo necessario sollecitare un intervento legislativo repentino sul punto.

Per giungere a tale conclusione, la Consulta, riprendendo l'impostazione seguita nell'ordinanza di rimessione, fa riferimento al tradizionale schema delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007<sup>424</sup>, secondo il quale le norme CEDU costituiscono "norme interposte" tali da integrare il parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1, Cost, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.

La Corte costituzionale, non manca altresì di sottolineare come la stessa Corte di Strasburgo, nelle proprie decisioni, abbia più volte richiamato l'attenzione dei singoli Stati di rispettare l'obbligo di conformarsi alle decisioni dei giudici sovranazionali facendo esplicito richiamo alla possibilità di una *restituito in integrum* data dalla riapertura del processo.

Pertanto, il Giudice delle leggi si trova innanzi al "dilemma" di dover operare una scelta tra il rispetto della Convenzione e dei diritti fondamentali dell'individuo, da un lato, ed il giudicato della decisione in tema, dall'altro. La soluzione alla quale perviene la Consulta è la seguente: attesa l'"indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata", non è contrario ai principi costituzionali ammettere il venir meno degli effetti preclusivi del giudicato a fronte di lesioni dei diritti fondamentali dell'individuo sanciti dall'art. 6 CEDU e riprodotti, tra l'altro, nell'art. 111 Cost<sup>425</sup>.

Tanto premesso, la revisione, quale strumento straordinario di impugnazione capace di travolgere il giudicato, "costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato"<sup>426</sup>.

Ne consegue, pertanto, non soltanto una precisa scelta da parte della Consulta in favore del rispetto degli obblighi internazionali e del rispetto dei diritti fondamentali nel processo sanciti, peraltro, anche in Costituzione, a discapito del "giudicato" di cui, comunque, richiamato il valore, non si rinviene una "copertura" costituzionale che ostacoli l'efficacia delle norme CEDD.

---

<sup>424</sup> Orientamento confermato anche in sentenze successive (da ultimo la sent. n. 80/2011).

<sup>425</sup> Cfr. C. cost., sent. n. 113/11, punto 8 della motivazione.

<sup>426</sup> Cfr. *Ibidem*.

La sentenza, peraltro, contiene anche l'invito, rivolto al legislatore, circa la necessità di intervenire sul tema, ferma restando la libertà nell'individuare le modalità che riterrà più adeguate per conformarsi alle sentenze della Corte EDU.

A questo punto corre l'obbligo spostare l'analisi verso il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che costituisce l'organo per eccellenza di supervisione della esecuzione delle sentenze della Corte, ai sensi dell'articolo 46 secondo comma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

### **II.2.1 Il ruolo di monitoraggio del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa**

L'articolo 46, come emendato dal Protocollo n. 11, ha sostituito gli articoli 53 e 54 della Convenzione del 1950 e, rispetto alle recedenti disposizioni contiene due novità meramente redazionali: al primo comma dell'articolo 46 la parola «decisione» è stata sostituita con «sentenza definitiva» e, nel secondo comma l'aggettivo «definitiva» è stato giustapposto alla parola «sentenza» al fine di enfatizzare il fatto che solo le pronunce definitive della Corte devono essere trasmesse al Comitato dei Ministri<sup>427</sup>. L'articolo 46 secondo comma configura in capo al comitato una vera e propria responsabilità collettiva per sorvegliare l'esecuzione sia delle sentenze sul merito sia quelle che concedono un'equa soddisfazione ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione<sup>428</sup>.

Le ragioni che hanno indotto i redattori della Convenzione a conferire il ruolo di autorità garante della corretta esecuzione delle sentenze della Corte al Comitato dei Ministri, appaiono intrinsecamente connesse al potere che tale organo detiene in seno

---

<sup>427</sup> L'articolo 46 della Convenzione dispone che «Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al comitato dei ministri che ne sorveglia l'esecuzione».

<sup>428</sup> Secondo una parte della dottrina, l'articolo 46 della Convenzione evoca l'articolo 94 della Carta delle Nazioni Unite, il cui primo comma statuisce che ogni membro dell'Organizzazione «si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte», mentre il secondo comma prevede che «se una delle parti di una controversia non adempie gli obblighi che le incombono per effetto della sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione». Tale parallelismo è stato proposto in particolare da A. DRZEMCZEWSKI. *L'Articolo 46*, op cit. 645 ss. L'Autore non esita tuttavia ad enfatizzare la maggiore incisività del meccanismo CEDU rispetto al sistema ONU, in considerazione del fatto che mentre i poteri attribuiti al comitato dei Ministri hanno natura giuridica, quelli conferiti al Consiglio di Sicurezza hanno natura essenzialmente politica.

al Consiglio d'Europa *vis-à-vis* degli Stati membri di tale Organizzazione ed al contempo parti contraenti della Convenzione. Dal combinato disposto degli articoli 3 e 8 dello Statuto, infatti, emerge quanto segue: a termini dell'articolo 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa «ogni Membro riconosce il principio di preminenza del Diritto ed il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Esso si obbliga a collaborare sinceramente e operosamente al perseguimento dello scopo definito nel capo I» e, ai sensi dell'articolo 8 «ogni membro del Consiglio d'Europa che contravvenga alle disposizioni dell'articolo 3, può essere sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato dal Comitato dei Ministri a recedere nelle condizioni di cui all'articolo 7. Il Comitato può risolvere che il membro, il quale non ottemperi a tale invito, cessi di appartenere al Consiglio dal giorno stabilito dal Comitato stesso».

La procedura di controllo di fronte al Comitato dei Ministri trova una dettagliata disciplina nel Regolamento interno dello stesso quando agisce in quanto «organo» della CEDU<sup>429</sup>: la procedura ha inizio nel momento in cui la Corte trasmette al Comitato la sentenza adottata e, quest'ultimo iscrive il caso all'ordine del giorno. Allo scopo di consentire al comitato dei Ministri di esercitare in modo effettivo i suoi poteri di sorveglianza, lo Stato interessato deve fornire ad esso ogni informazione appropriata sulle misure prese per dare esecuzione alla sentenza. Il Comitato procederà, anzitutto, a verificare se la somma eventualmente accordata dalla Corte a titolo di equa soddisfazione è stata effettivamente versata al beneficiario. In seguito, se la natura della violazione accertata dalla Corte lo richiede, il Comitato può raccomandare l'adozione di misure di carattere generale. Per quanto concerne la procedura di esame, il Comitato dopo aver ricevuto le informazioni da parte dello Stato convenuto circa le misure adottate per eseguire la sentenza della Corte, ne esamina il contenuto emanare un duplice categoria di risoluzioni: nel caso in cui l'analisi condotta dal Comitato sull'operato dello Stato sia positiva, esso adotterà una risoluzione per mezzo della quale dichiara che la parte convenuta ha assolto le proprie funzioni; *a contrario*, qualora il Comitato rilevi che le misure adottate dallo Stato siano insufficienti, prenderà nuovamente contatto con le autorità nazionali per formulare osservazioni, anche critiche, sul contenuto delle informazioni ricevute,

---

<sup>429</sup> Il testo attualmente in vigore è stato adottato il 10 gennaio 2001. Si tratta delle «Regole adottate dal Comitato dei Ministri in vista dell'applicazione dell'articolo 46 secondo comma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

esortandole a fornire ulteriori chiarimenti e a presentare nuove proposte. La procedura descritta prosegue fintantoché lo Stato non dimostri di aver dato piena attuazione della sentenza della Corte, e, come osservato, si concluderà con una Risoluzione con la quale il Comitato dichiara che le sue funzioni ai sensi dell'articolo 46 secondo comma sono state esercitate<sup>430</sup>.

### II.3 L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sulla CEDU dopo le sentenze nn. 348 e 349 del 2007

A questo punto si rende necessario esaminare in che direzione si sia mossa la giurisprudenza della Consulta al fine di comprendere il grado di interazione raggiunto tra l'ordinamento italiano e quello CEDU.

Ciò che emerge dalle sentenze più recenti sui rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento del Consiglio d'Europa è il rafforzamento dell'idea del controllo accentratore di costituzionalità ed il mantenimento della logica dualistica nella ricostruzione dei legami tra i suddetti ordinamenti giuridici. Le prime sentenze che vengono in evidenza sono, in particolare, le sentenze nn. 39 e 129, rispettivamente del 27 febbraio e del 30 aprile 2008<sup>431</sup>. Per quanto riguarda la sentenza n. 39, oggetto del giudizio di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte, in riferimento agli articoli

---

<sup>430</sup> Per un'analisi maggiormente dettagliata della procedura sopradescritta si rinvia, inter alia, a LEUPRECHT, *The execution of Judgments and Decisions*, in MACDONALD, MATSCHER e PETZOLD (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, 791-800; FLAUSS, *La pratique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe au titre de l'article 54 (ora 46) de la Convention européenne des droits de l'homme (1985-1988)*. In *Annuaire français de droit international*, vol. 34, 1988, 408-423; KLERK, *Supervision of the execution of the Judgement of the European Court of Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 1998, vol. XLV, 65-86.

<sup>431</sup> Entrambe le sentenze sono reperibili in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, rispettivamente alle pp. 408 ss. e 1506 ss., con osservazioni di CHIAVARIO M., *Giudicato e processo «iniquo»: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, *ivi*, pp. 1522 ss. e di MANTOVANI G., *La sentenza n. 129 del 2008 e la «riparazione» delle violazioni dell'art. 6 CEDU*, *ivi*, pp. 1545 ss. Per i primi commenti in dottrina alla sentenza n. 39, si veda MASTROIANNI R., *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra legge ordinaria e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19/03/2008; SCIARABBA V., *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2008)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 09/04/2008. Per i primi commenti in dottrina alla sentenza n. 129, si veda SCIARABBA V., *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 10/05/2008; CIUFFETTI C., *Prime osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 2008*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 10/2008, 14/05/2008; CIAMPI A., *Processo non equo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo e rinnovazione del giudizio secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2008, pp. 793 ss.

2, 3, 41 e 117 della Costituzione, erano gli articoli 50 e 142 del Regio Decreto del 16 marzo 1942, n. 267 (“Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell’amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa”), nel testo anteriore alle modifiche apportate dal Decreto legislativo del 9 gennaio 2006, n. 5. Ad avviso del giudice rimettente, infatti, secondo la normativa censurata in vigore alla data di scadenza del termine ai fini della presentazione delle domande per partecipare ad un concorso pubblico, nonostante la sopravvenuta abrogazione dell’art. 50 del R. D. n. 267 del 1942 (*ex* D. lgs. n. 5/2006), allo *status* di fallito era automaticamente connessa la perdita dei diritti civili e politici - permanente fino al passaggio in giudicato della sentenza di riabilitazione civile, istituto anch’esso abrogato dall’art. 128 del suddetto Decreto legislativo -, la cui titolarità era però richiesta al fine di partecipare ai concorsi pubblici per l’assegnazione delle sedi farmaceutiche.

Il Giudice delle leggi, nel rilevare la fondatezza della questione ai sensi degli articoli 3 e 117, primo comma della Costituzione, e nel citare al riguardo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, aveva modo di affermare che la normativa *de quo* era stata dichiarata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo contraria all’articolo 8 della CEDU. In ordine a ciò, la Consulta affermava che: «La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell’iscrizione del nome del fallito nel registro e dell’assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull’applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l’ingerenza prevista dall’art. 50 della legge fallimentare nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell’art. 8, § 2, della Convenzione», e ha dichiarato l’avvenuta violazione del citato art. 8, dopo aver precisato che la nozione di «vita privata» presa in considerazione da tale norma, «non esclude, in linea di principio, le attività di natura professionale o commerciale, considerato che proprio nel mondo del lavoro le persone intrattengono un gran numero di relazioni con il mondo esteriore»<sup>432</sup>.

A questo rilievo, la Corte, aggiungeva che «[...] le disposizioni censurate, in quanto stabiliscono in modo indifferenziato incapacità che si protraggono oltre la chiusura della procedura fallimentare e non sono, perciò, connesse alle conseguenze patrimoniali della dichiarazione di fallimento ed, in particolare, a tutte le limitazioni

---

<sup>432</sup> C. cost., sent. n. 39/2008, punto 5 delle motivazioni.

da questa derivanti, violano l'art. 3 Cost. sotto diversi profili. Esse, infatti, poiché prevedono generali incapacità personali in modo automatico e, quindi, indipendente dalle specifiche cause del dissesto – così equiparando situazioni diverse – e in quanto stabiliscono che tali incapacità permangono dopo la chiusura del fallimento, assumono, in ogni caso, carattere genericamente sanzionatorio, senza correlarsi alla protezione di interessi meritevoli di tutela»<sup>433</sup>.

Statuendo in tal modo la Corte ha ulteriormente rafforzato il proprio controllo di legittimità costituzionale sulla norma interna rispetto alle disposizioni CEDU – queste ultime intese come parametri interposti del giudizio di costituzionalità – stabilendo che anche nel caso di contrasto tra CEDU e leggi nazionali emanate precedentemente all'ordine di esecuzione della Convenzione, è necessario che il giudice *a quo* sollevi una questione di costituzionalità e vi sia una conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>434</sup>.

Secondo un avvincente parallelo operato da Sciarabba<sup>435</sup>, la questione presenta parecchie analogie con quella dei contrasti tra la Costituzione e le leggi ordinarie ad essa cronologicamente anteriori; in merito a ciò la Corte aveva provveduto a risolvere la problematica estendendo anche a queste ultime il sindacato di legittimità costituzionale ed aveva, così, evitato un sindacato diffuso da parte dei giudici ordinari. Nonostante l'affascinante parallelismo, i primi commentatori della sentenza del 2008 hanno sostenuto la non sovrapponibilità delle questioni giuridiche in quanto: «[...] mentre Costituzione e leggi anteriori sono fonti del tutto diverse, ed in specie di rango differente (sicché appariva ed appare «naturale» far discendere dall'eventuale contrasto, immancabilmente e «solo», l'invalidità della fonte legislativa subordinata, ancorché anteriore), al contrario leggi «normali» e leggi di esecuzione di vincoli internazionali, sul piano formale, non sono (in sé e per sé) fonti differenti e gerarchicamente sopraordinate [...], sicché non appare inconcepibile che, in caso di

---

<sup>433</sup> *Ibidem*.

<sup>434</sup> In ordine a ciò si veda MASTROIANNI R., *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra legge ordinaria e CEDU*, cit., p. 3 il quale afferma che: «La soluzione sposata dalla Corte cost. si ripercuote, evidentemente, su ogni altra ipotesi di conflitto insanabile tra norma interna e CEDU, qualora la prima sia entrata in vigore prima della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione. [...] Detta soluzione è ovviamente capace di assumere una portata assai ampia: ne saranno coinvolti sia i rapporti tra le leggi ordinarie e nuovi Protocolli alla Convenzione, alcuni molto recenti, sia, più in generale, quelli riguardanti altre convenzioni internazionali, con la conseguenza non solo di ridurre la portata immediata [...] ma anche di incrementare inutilmente il carico di lavoro della Corte. E' dunque auspicabile un pronto ripensamento».

<sup>435</sup> Cfr. SCIARABBA V., *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti*, cit., p. 1.

incompatibilità tra una legge di esecuzione di un trattato internazionale ed una legge precedente, la legge di esecuzione del trattato determini (o quantomeno «continui a determinare» [...]) l'abrogazione delle prime»<sup>436</sup>.

Superando tali problematiche, quello che appare incontestabile, tuttavia, è che la Corte costituzionale ha comunque voluto ribadire l'accentramento del giudizio di costituzionalità, ogni volta che il giudice *a quo* si trovi innanzi ad una questione non manifestamente infondata, in cui le disposizioni della CEDU svolgano la loro funzione di parametro interposto, ai sensi dell'articolo 117, primo comma della Costituzione.

La sentenza n. 129 del 2008 aveva ad oggetto una questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di appello di Bologna in riferimento agli articoli 3, 10, e 27 della Costituzione, dell'articolo 630, comma 1, lettera *a*) c. p. p., nella parte in cui il Codice non prevede - tra i casi di revisione del procedimento penale - l'impossibilità di conciliare i fatti stabiliti a fondamento della sentenza - o del decreto penale di condanna -, con quelli rilevati in una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del procedimento medesimo, ai sensi dell'articolo 6 della CEDU.

La Corte bolognese era, infatti, stata chiamata a deliberare circa un'istanza di revisione di una sentenza divenuta ormai irrevocabile proposta dal condannato il cui avvocato, a sostegno della propria posizione difensiva, aveva richiamato la sentenza del 9 settembre 1998 della Corte di Strasburgo<sup>437</sup>.

Nell'ambito di tale giudizio, la Corte, dietro ricorso del condannato, aveva stabilito la non equità del giudizio a cui il medesimo era stato sottoposto, per violazione dell'articolo 6 della Convenzione e ciò in quanto i giudici italiani avevano pronunciato la condanna sulla base delle dichiarazioni di tre coimputati poi non riesaminati nella fase dibattimentale, essendosi questi ultimi avvalsi della facoltà di

---

<sup>436</sup> Così SCIARABBA V., *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti*, op. cit., p. 2, che però, nel prosieguo del suo ragionamento, dubita che la Corte abbia voluto porre in essere un accentramento del giudizio soltanto per questi motivi.

<sup>437</sup> Commissione, decisione 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia, causa n. 33286/96. In seguito alla decisione della Corte europea (allora Commissione), il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa aveva più volte sollecitato lo Stato italiano ad adottare le misure necessarie a garantire l'osservanza della pronuncia di Strasburgo, ma tali sollecitazioni erano rimaste completamente prive di effetti. Si veda per tutte, al riguardo, la "Résolution Intérimaire ResDH (2005) 85, adoptée par le Comité des Ministres le 12 octobre 2005, lors de la 940e réunion des Délégués des Ministres", ultima in ordine di tempo, dopo le precedenti Risoluzioni DH (99) 258, DH (2002) 30 e DH (2004) 13. La stessa Corte costituzionale, al punto 3 del "Considerato in Diritto", tiene in grande considerazione le numerose risoluzioni del Comitato de Ministri che invitavano l'Italia a dare esecuzione alla sentenza della Commissione.



non rispondere.

Nell'argomentare il loro punto di vista, i giudici della Consulta dimostrano di essere ben consapevoli del fatto che «[...] la questione di legittimità costituzionale nasce dalla assenza – nel sistema processuale penale – di un apposito rimedio, destinato ad attuare l'obbligo dello Stato di conformarsi (anche attraverso una eventuale rinnovazione del processo) alle conferenti sentenze definitive della Corte di Strasburgo, nell'ipotesi in cui sia stata accertata la violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, secondo quanto prevede l'art. 46 della stessa Convenzione»<sup>438</sup>.

Secondo la Corte, inoltre, risulta assolutamente scorretta l'affermazione del giudice *a quo* secondo il quale una sentenza della Corte di Strasburgo, che accerti l'iniquità di un procedimento penale, possa essere considerata un "fatto nuovo" e costituire, quindi, presupposto per una revisione processuale ai sensi dell'articolo 630 del Codice di procedura penale<sup>439</sup>.

La Corte, in sostanza, si limita a scrivere una sentenza di tipo monitorio, con cui invita il legislatore «[...] ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della CEDU»<sup>440</sup>.

Il Giudice delle leggi, sostanzialmente, ha voluto con questa sentenza ribadire il modello dualistico nei rapporti con l'ordinamento CEDU, per il quale è, quindi, è preclusa la possibilità di riconoscere una qualsiasi forma di "cessione di sovranità statale" rispetto all'ordinamento del Consiglio d'Europa.

Ad una più accorta lettura delle motivazioni della sentenza in esame, emerge come la

---

<sup>438</sup> C. cost., sent. n. 129/08, punto 3 delle motivazioni.

<sup>439</sup> C. cost., sent. n. 129/08, punto 4 delle motivazioni, ove si legge che: «[...] sotto il profilo sistematico, il concetto di «fatto» assunto a paradigma della ipotesi di conflitto «teorico» fra giudicati – previsto quale caso di revisione dall'art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen. – non può distinguersi dal concetto di medesimo «fatto» su cui si radica la disciplina del conflitto «pratico» tra giudicati, di cui all'art. 669, comma 1, cod. proc. pen.. Ed è pacifico che quest'ultima norma risulta applicabile quando la pluralità di sentenze - oltre che lo stesso imputato - concerna il «medesimo fatto», inteso come coincidenza tra tutte le componenti delle fattispecie concrete. D'altronde, anche ai fini della preclusione connessa al principio del *ne bis in idem*, l'identità del «fatto» sussiste – secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, n. 34655) – quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona. La pretesa irragionevole disparità di trattamento – che il giudice a quo pone a fulcro della dedotta violazione dell'art. 3 della Carta fondamentale – deve ritenersi, dunque, infondata, proprio perché la asserita assimilabilità delle situazioni poste a confronto non può essere condivisa».

<sup>440</sup> C. cost., sent. n. 129/08, punto 7 delle motivazioni.

volontà dei giudici della Corte sia quella di inquadrare il problema oggetto del giudizio in un'ottica rigorosamente formalistica - e cioè come se fosse un semplice contrasto tra giudicati penali sul medesimo fatto -, senza invece considerare l'"intrusione" che la Corte EDU, con la sua giurisprudenza, ha compiuto nell'ordinamento interno<sup>441</sup>. Se così analizzata, infatti, questa sentenza colpisce proprio perché risulta evidente come «la posta in gioco non sia tanto l'adeguamento di un istituto processuale del nostro Codice di procedura penale a superiori principi normativi, quanto piuttosto la stessa idea di sovranità statale che viene messa in discussione, proprio nel punto di sua massima affermazione: il giudicato penale, con tutto ciò che esso comporta dal punto di vista dell'esecuzione della sentenza, della limitazione della libertà personale dell'imputato dichiarato colpevole, oltre che del monopolio "legittimo" della forza in vista della concretizzazione degli effetti decisori. La volontà, chiaramente manifestata da parte dei giudici della Consulta, di voler ridurre il problema giuridico in oggetto ad una mera questione di tipo tecnico, mostra quindi come effettivamente questo caso abbia fatto ulteriormente vacillare un'idea di sovranità, strettamente legata ad indici formalistici - ormai svuotati di senso - e che risulta del tutto inadeguata ad affrontare le nuove sfide giuridiche prospettate del costituzionalismo multilivello»<sup>442</sup>.

Corre l'obbligo anticipare che, nelle more dell'intervento del legislatore, la Corte d'appello di Bologna, sulla scorta della rinnovata giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti col sistema CEDU ed, in particolare, della stessa sent. n. 129 del 2008, ha sollevato nuovamente la questione di legittimità costituzionale: questione, questa volta, estesa all'intero art. 630 c.p.p. e fondata sull'art. 117 Cost., in relazione al parametro interposto dell'art. 46 CEDU. La Corte, quindi, dopo aver verificato che la riproposizione della questione nel medesimo grado di giudizio non era preclusa, in quanto l'eccezione risultava sostanzialmente diversa dalla precedente – sia con riguardo all'oggetto, sia in ordine al parametro, sia con riferimento alle argomentazioni svolte a sostegno della censura – si pronunciava a mezzo della

---

<sup>441</sup> Si veda NEGRI D., *Rimedi al giudicato penale e legalità processuale: un connubio che gli obblighi sopranazionali non possono dissolvere*, in BIN R.-BRUNELLI G.-PUGIOTTO A.-VERONESI P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, cit., pp. 169 ss.; PUSTORINO P., *Esecuzione delle sentenze della Corte EDU e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, *ivi*, pp. 201 ss.; VERONESI P., *L'«inevitabile osmosi»: il «caso Dorigo» tra Corte EDU, giudici e Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 257 ss..

<sup>442</sup> CIERVO A., *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 23.

sentenza di accoglimento n. 113 del 2011. Nonostante una pronuncia additiva fosse in una qualche misura attesa, la soluzione accolta nella sentenza 113/11 ha aperto scenari del tutto inediti, sia sul versante della giurisprudenza costituzionale, sia sul fronte dei rimedi straordinari nel processo penale, sia, infine, nei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo che saranno oggetto di approfondimento nella III<sup>a</sup> Sezione di tale capitolo.

Proseguendo con l'analisi del percorso giurisprudenziale seguito dalla Consulta dopo le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, la Corte è tornata – dopo la pronuncia 129/08 – sui rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento CEDU, con le decisioni nn. 311 e 317 del 2009, dove, pur confermando gli orientamenti emersi nelle sentenze “gemelle” del 2007, ha attuato una maggiore graduazione del vincolo interpretativo nei confronti dei giudici ordinari rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo, ha valorizzato il margine di apprezzamento nazionale ed ha realizzato un bilanciamento tra i valori di carattere più propriamente assiologicosostanziale<sup>443</sup>.

Con la sentenza n. 311<sup>444</sup> la Corte ha chiarito che «[...] solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità [...], con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il

---

<sup>443</sup> Cfr. LIBERATI F., *Corte costituzionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo: sostenibilità del modello di controllo accentrato di Costituzionalità alla luce della recente giurisprudenza e delle novità in ambito comunitario*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2011, p. 8.

<sup>444</sup> La sentenza è pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 4657 ss., con osservazione di MASSA M., *La «sostanza» della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, *ivi*, pp. 4679 ss. Per una prima analisi in dottrina, si veda RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), s. d., ora in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 418 ss.

contrasto»<sup>445</sup>.

Tuttavia, una volta sollevata dal giudice *a quo* la *quaestio legitimitatis*, spetterà comunque sempre e soltanto alla Corte il compito di verificare che sussista il contrasto e che sia effettivamente insanabile attraverso un'opera interpretativa sulla norma interna rispetto alla norma convenzionale, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo.

La Consulta ha, altresì, precisato che le è «[...] precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento»<sup>446</sup>.

Con la sentenza n. 317 del 2009<sup>447</sup> invece, la Corte, chiamata a valutare una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'articolo 175, comma 2 c. p. p., alla luce degli artt. 117, primo comma – in relazione anche all'art. 6 della CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo – 24 e 111, primo comma Cost., aveva modo di precisare che «[...] l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione», e questo perché con riferimento ad un Diritto fondamentale, «[...] il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di

---

<sup>445</sup> C. cost., sent. n. 311/09, punto 6 delle motivazioni.

<sup>446</sup> *Ibidem*.

<sup>447</sup> La sentenza è pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 4747 ss., con osservazioni di UBERTIS G., *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, *ivi*, pp. 4765 ss. e di BILANCIA F., *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, *ivi*, pp. 4772 ss. Per una prima analisi della decisione in dottrina, si veda POLLICINO O., *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento «bidirezionale»: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 della Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 16/12/2009. Per alcune acute riflessioni sulla vincolatività della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nei confronti del giudice italiano, prima della sentenza n. 317, cfr. DE CARIA R., *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, pp. 2191 ss.

tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa»<sup>448</sup>.

Poste queste premesse la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela nelle singole fattispecie della CEDU, è il risultato della combinazione di tre elementi: l'obbligo per il legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU come interpretati ed elaborati dalla Corte di Strasburgo; l'obbligo per il giudice comune di effettuare un'"interpretazione conforme ai precetti convenzionali" delle norme interne; ed infine, l'obbligo per la Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità a formulare un'interpretazione adeguatrice – di espungere dall'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il *deficit* di tutela riguardo ad uno specifico Diritto fondamentale<sup>449</sup>.

Ne consegue che «[...] il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti. Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso [...] il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela»<sup>450</sup>.

Ciò nonostante, la Corte costituzionale ha anche avuto modo di precisare che essa «[...] non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze [...], ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. In sintesi, il «margine di apprezzamento» nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze»<sup>451</sup>. In conclusione, è possibile denotare come le due sentenze esaminate abbiano contribuito a creare, anzitutto, un quadro molto più articolato dei rapporti tra ordinamento interno ed

---

<sup>448</sup> C. cost., sent. n. 311/09, punto 7 delle motivazioni

<sup>449</sup> CIERVO A., *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 25.

<sup>450</sup> C. cost., sent. n. 311/09, punto 6 delle motivazioni.

<sup>451</sup> *Ibidem*.

ordinamento CEDU ed, in secondo luogo, abbiano rivalutato ulteriormente il ruolo della giurisdizione ordinaria nel delicato processo di adeguamento tra gli ordinamenti. Relativamente a quest'ultima considerazione, è infatti probabile che la Consulta abbia iniziato a tenere in grande considerazione anche il seguito giurisprudenziale che le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 hanno avuto presso i giudici *a quibus*. Negli ultimi anni si è, infatti, riscontrata la tendenza nella giurisprudenza di alcuni giudici ordinari ad interpretare e ad applicare al caso concreto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, adattandola alle specifiche fattispecie giuridiche da risolvere, piuttosto che sollevare la questione di legittimità costituzionale. Al fine di trovare un riscontro a quanto detto, è allora necessario soffermarsi sul seguito giurisprudenziale delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 per attestare come la Corte, con la decisione n. 317, non abbia fatto altro che recepire una tendenza che si stava già consolidando nella giurisprudenza ordinaria.

#### **II.4 La giurisprudenza dei giudici comuni dopo le sentenze nn. 348 e 349 del 2007**

L'analisi del seguito giurisprudenziale delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale evidenzia come non tutti i giudici comuni si siano adeguati alle regole poste dalla Consulta nella giurisprudenza successiva alle sentenze "gemelle". In giurisprudenza, infatti, si ritrovano casi in cui i giudici comuni risolvono in via ermeneutica questioni antinomiche ancora con il criterio della *lex specialis*, spesso utilizzato in passato per risolvere antinomie tra norme interne e norme pattizie recepite con ordine di esecuzione. Tuttavia bisogna evidenziare come la Corte costituzionale sul punto non si sia mai espressa, dando, quindi, adito a diverse teorie sul suo silenzio<sup>452</sup>.

---

<sup>452</sup> Ad esempio FOSCARELLI C., *Lezioni di diritto internazionale. I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, Padova, 2008, p. 239 interpreta il silenzio della Corte come divieto per il giudice comune di fare ancora ricorso a questo criterio o comunque di farvi ricorso solo nel caso di accordi in forma semplificata diversi da quelli previsti dall'art. 80 Cost. - a quegli accordi cioè a cui non sia stata data esecuzione con una legge ordinaria dello Stato. Diversamente, CANNIZZARO E., *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due*

*recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2008, p. 140, il quale interpreta il silenzio della Consulta come possibilità di utilizzare il suddetto criterio solo quando una norma convenzionale sia stata resa esecutiva nell'ordinamento interno con atto legislativo e possieda, quindi,

Tuttavia, prescindendo dal criterio di specialità, la dottrina ha ritenuto opportuno indagare sulle possibili soluzioni che i giudici comuni avrebbero potuto utilizzare per risolvere le antinomie tra norme nazionali e norme della CEDU, coerentemente con quanto statuito dalle sentenze 348 e 349 del 2007.

A tal riguardo, è possibile enucleare quattro possibili ipotesi di risoluzione dei suddetti contrasti da parte dei giudici comuni: 1) nel primo caso di contrasto accertato tra norme CEDU e Costituzione, con norma interna oggetto del giudizio conforme alla Costituzione, si applicherà la norma interna indipendentemente dalla Convenzione; 2) nell'ipotesi di contrasto tra norma ordinaria interna e normativa CEDU – entrambe conformi a Costituzione – il giudice sarà tenuto a porre in essere un bilanciamento tra quelle norme che sono rilevanti ai fini della risoluzione della fattispecie concreta; 3) in occasione di contrasto tra norma ordinaria interna e normativa CEDU, entrambe però questa volta in contrasto con la Costituzione, il giudice sarà tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale; 4) infine, nell'ipotesi di norma interna conforme alla CEDU ma entrambe in contrasto con la Costituzione, il giudice ordinario potrà alternativamente risolvere l'antinomia in via ermeneutica ovvero sollevare la questione di legittimità costituzionale della sola norma interna, in quanto contrastante con la Costituzione<sup>453</sup>.

Allo stato attuale, mentre i casi previsti nelle ipotesi *sub* 3) e 4) non sembrano essersi ancora verificati<sup>454</sup>, una ingente casistica è invece riscontrabile per quanto concerne l'ipotesi *sub* 1), mentre per quanto riguarda i casi riconducibili alle posizioni *sub* 2), sono rinvenibili solo isolate decisioni.

L'ipotesi delineata al punto 1) consiste nel dare diretta applicazione alla normativa statale, prescindendo completamente dalle disposizioni della CEDU. Un esempio di questa antinomia è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte di Cassazione in riferimento all'indennizzo, ai sensi della legge *Pinto*, dei danni patrimoniali scaturenti dall'irragionevole durata del processo. La Cassazione ha, infatti, più volte ribadito che i danni non patrimoniali connessi all'equa durata del processo non possono essere

---

caratteri tali da poter essere direttamente applicabile.

<sup>453</sup> Tale impostazione si rifà allo schema di analisi del seguito giurisprudenziale delle sentenze nn. 348 e 349 della Consulta elaborato da CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (parte I)*, in *Politica del diritto*, 2010, pp. 65 ss.

<sup>454</sup> Si veda CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 (parte I)*, op. cit., p. 69.

indennizzati in quanto l'oggetto specifico dell'indennizzo riguarda soltanto gli anni eccedenti la soglia di ragionevolezza, così come previsto all'articolo 2 della legge n. 89 del 2001, mentre, ad avviso della Corte di Strasburgo sarebbe necessario indennizzare il ricorrente anche per i danni non patrimoniali subiti dall'irragionevole durata del processo<sup>455</sup>.

Relativamente alla ipotesi n. 2, un'importante pronuncia è la n. 145/2008 del TAR del Trentino Alto Adige, avente ad oggetto la legge n. 264 del 1999 la quale prevede il c. d. "numero chiuso" per l'accesso a specifici corsi di laurea dell'Università pubblica. Il ricorrente aveva eccepito l'incostituzionalità dei primi tre articoli della suddetta norma rispetto all'articolo 117, co. 1, Cost. e, quindi, dell'articolo 2 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, il quale prevede che il diritto allo studio non può essere negato a nessun cittadino degli Stati aderenti alla Convenzione<sup>456</sup>. Il giudice amministrativo trentino, tuttavia, riteneva inammissibile la questione di legittimità costituzionale così come formulata dal ricorrente, affermando che «[...] lo scrutinio di legittimità costituzionale delle leggi nazionali deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali [...] e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. In sintesi, l'operatività dell'invocata norma CEDU [...] deve superare il vaglio della sua compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione»<sup>457</sup>. Ad avviso del Tribunale amministrativo, infatti, l'ambito di applicazione della legge n. 264 del 1999 è diverso da quello della Convenzione, la prima concernendo la programmazione degli accessi a taluni corsi di laurea per i quali è stato ritenuto necessario fissare un "numero chiuso" di iscrizioni, anche al fine di garantire livelli formativi minimi adeguati, in

---

<sup>455</sup> Sul tema, cfr. LOCCISANO V., *Equa riparazione per irragionevole durata del giudizio ed illecito civile*, in *Responsabilità civile*, 2008, pp. 251 ss.; VISINTINI G., *La responsabilità dello Stato da ingiusto processo*, in *Contratto e Impresa*, 2008, pp. 111 ss. Per quanto riguarda la sterminata giurisprudenza della Corte di Cassazione, sul punto, ci si limita a rinviare in questa sede, per tutte, a Sez. I, 31 gennaio 2008, da n. 2413 a n. 2421; Sez. I, 12 febbraio 2008, n. 3377; Sez. I, 10 marzo 2008, n. 6396; Sez. I, 12 marzo 2008, da n. 6709 a n. 6711; Sez. I, 19 marzo 2008, da n. 7315 a n. 7318; Sez. I, 24 settembre 2008, n. 24022; Sez. I, 1 ottobre 2008, n. 24390; Sez. I, 10 ottobre 2008, da n. 24893 a n. 24898; Sez. I, 13 ottobre 2008, n. 25062; Sez. I, 23 ottobre 2008, da n. 25629 a n. 25631; Cassazione civile, Sez. I, 26 febbraio 2009, n. 4645.

<sup>456</sup> La sentenza è reperibile sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>457</sup> T.A.R. Trentino Alto Adige, sent. n. 145/08, punto 2 delle motivazioni



conformità a quanto stabilito dall'ordinamento comunitario.

Dalla lettura di questi passaggi della sentenza del T.A.R. Trentino Alto Adige si comprende come sia stato posto in essere un vero e proprio procedimento ermeneutico di rilevanza della normativa interna, finalizzato al bilanciamento dei beni giuridici oggetto del giudizio, escludendo, in tal modo «*la possibilità di dare preminenza alle norme della Convenzione, in un ambito legislativo in cui ad essere rilevanti – anche se non “preminenti” – sono soltanto le norme dell’ordinamento italiano che danno attuazione alle direttive comunitarie*»<sup>458</sup>.

È necessario in questa sede dar conto che, nel quadro della giurisprudenza dei giudici comuni, non mancano, tuttavia, delle decisioni che risultano, oltre che non sussumibili all'interno dello “schema” proposto, completamente difformi rispetto al “decalogo” fissato dalla Corte costituzionale, nelle famose sentenze del 2007.

Si tratta di quelle decisioni che vengono denominate come “ribelli”<sup>459</sup>. Tra queste, a titolo esemplificativo, la sentenza del 12 dicembre 2007 del Tribunale civile, sezione Lavoro, di Ravenna<sup>460</sup>, avente ad oggetto il ricorso di una donna di nazionalità serba nei confronti dell'INPS e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, al fine di ottenere la condanna alla corresponsione dell'assegno di invalidità civile, assegno che le era stato negato nonostante avesse un regolare permesso di soggiorno e nonostante la Commissione di prima istanza le avesse riconosciuto comunque un'invalidità del 75 %. L'INPS, infatti, le aveva negato l'assegno di assistenza per mancanza dei requisiti di legge in quanto, pur in possesso di regolare permesso di soggiorno, non era però in possesso della Carta di soggiorno, così come prescritto dall'articolo 80, comma 19 della legge n. 388 del 2000 (“legge finanziaria del 2001”): la ricorrente, pertanto, chiedeva che, previa eventuale questione di costituzionalità della norma suddetta, gli istituti convenuti fossero condannati a corrisponderle l'assegno di invalidità civile.

Il Giudice del Lavoro di Ravenna, pur non sollevando alcuna questione di legittimità costituzionale, riconosce alla ricorrente il diritto all'assegno di invalidità civile, affermando che «ai fini della soluzione della controversia deve essere invece applicata, la normativa della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti

---

<sup>458</sup> CIERVO A., *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, op. cit., p. 31.

<sup>459</sup> Cfr. LIBERATI F., *Corte costituzionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 8.

<sup>460</sup> La sentenza è reperibile sul sito [www.meltingpot.org](http://www.meltingpot.org).

dell'Uomo e delle libertà fondamentali del 1950 resa esecutiva in Italia con la legge 845/1955 (CEDU) che nella materia della sicurezza sociale ha sul piano valoriale un contenuto sostanziale più esteso e pregnante della stessa normativa regolamentare CE»<sup>461</sup>.

Il Giudice, rifacendosi all'articolo 14 della Convenzione, che sancisce il principio di non discriminazione e alla giurisprudenza della CEDU, ed in particolare al caso *Koua Poirrež c. Francia*<sup>462</sup>, dichiara che «risulta così chiaro, ai fini di questa causa, come esista una norma Cedu che riconosca come discriminatoria qualsiasi normativa che, senza una adeguata giustificazione, pregiudichi il diritto ad una prestazione di sicurezza sociale di un cittadino straniero per motivi legati alla sua nazionalità»<sup>463</sup> [...] «Sulla stessa portata della normativa CEDU va richiamato inoltre quanto recentemente osservato da due sentenze – destinate ad avere una portata storica - della Corte costituzionale (n. 392 e 393/2007) secondo le quali a seguito della riforma del 2001 dell'art. 117 della Cost. la legislazione statale e regionale sono tenute ad osservare, oltre alla normativa comunitaria (ex art. 11 Cost), i vincoli derivanti da obblighi internazionali e tra questi quelli discendenti dalla Cedu»<sup>464</sup>.

A parte l'evidente errore nell'indicazione delle sentenze del 2007, nella fase di stesura della sentenza, il Giudice coglie l'importanza delle decisioni della Consulta ed afferma, non senza retorica, che «si tratta, probabilmente, di un passaggio epocale destinato ad incidere profondamente sul ruolo stesso del giudice nazionale quale “giudice comune della Convenzione” come viene testualmente definito, oggi, dalla Corte costituzionale». Tuttavia, continua «[...] secondo la Corte Costituzionale [...] il giudice interno non potrebbe procedere alla disapplicazione del diritto interno con prevalenza delle norme convenzionali CEDU, (come avviene per la diretta applicazione della normativa comunitaria a scapito della normativa interna); il giudice interno dovrebbe invece sollevare sempre la questione di costituzionalità per contrasto della normativa interna con l'art. 117 Costituzione. Sul punto però questo giudice condivide la diversa soluzione accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 28507/2005, che riconoscendo l'immediata precettività rispetto al caso concreto delle disposizioni CEDU, appare improntata a conferire maggiore

---

<sup>461</sup> T.A.R. Trentino Alto Adige, sent. n. 145/08, punto 7 delle motivazioni.

<sup>462</sup> Cfr. PANUNZIO S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., pp. 95 – 96.

<sup>463</sup> T.A.R. Trentino Alto Adige, sent. n. 145/08, punto 2 delle motivazioni

<sup>464</sup> *Ibidem*, punto 8 della motivazione.

effettività ai diritti fondamentali affermati nello spazio europeo»<sup>465</sup>.

Il giudice, quindi, ritenendo di attribuire maggior attendibilità alla sentenza della Corte di Cassazione rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale – ai sensi dell’articolo 14 della CEDU e degli artt. 117, primo e terzo comma della Costituzione – decide di disapplicare la normativa interna rilevante e di riconoscere alla ricorrente il diritto all’assegno d’invalidità, pur in mancanza del possesso della Carta di soggiorno, condannando così l’INPS al pagamento della prestazione, inclusi i ratei arretrati e gli accessori<sup>466</sup>.

Altro esempio nell’ambito delle sentenze “ribelli” è offerto dalla sentenza n. 171/2008 del TAR del Trentino Alto-Adige, sezione di Trento, in cui il Giudice amministrativo, pur non giungendo ad un’effettiva disapplicazione della normativa nazionale, ha riconosciuto la diretta applicabilità delle norme convenzionali, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo<sup>467</sup>. Dopo una esaustiva ricostruzione della giurisprudenza italiana sulla diretta applicabilità delle norme CEDU nell’ordinamento interno, il Giudice amministrativo espone quanto segue: «si tratta di un percorso accidentato in cui si è fatta strada soltanto gradualmente l’opinione dell’applicabilità diretta delle norme della Convenzione, della loro resistenza rispetto a leggi dello Stato sopravvenute, del loro effetto direttamente abrogans di norme anteriormente vigenti;

---

<sup>465</sup> *Ibidem*, punti 8 e 9 della motivazione.

<sup>466</sup> Corre l’obbligo aggiungere, tuttavia, che recentemente con sentenza n. 187 del 2010, il Giudice delle leggi ha dichiarato incostituzionale l’articolo 80, comma 19 della Legge finanziaria del 2001, nella parte in cui, nel prevedere che «*ai sensi dell’art. 41 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l’assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno*», subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno medesima il riconoscimento, agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell’assegno mensile di invalidità, previsto dall’articolo 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (“*Conversione in legge del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili*”). Nel dare ampio spazio alla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’uomo, la Consulta ha riconosciuto la fondatezza della questione e ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma oggetto del giudizio in quanto, ad avviso della Corte, essa sarebbe intervenuta direttamente «*sui presupposti di legittimazione al conseguimento delle provvidenze assistenziali, circoscrivendo la platea dei fruitori, quanto a cittadini extracomunitari, a coloro che siano in possesso della carta di soggiorno, il cui rilascio presuppone, fra l’altro, il regolare soggiorno nel territorio dello Stato da almeno cinque anni, secondo l’originaria previsione dell’art. 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 [...]. Periodo elevato a sei anni, a seguito delle modifiche apportate al citato art. 9 dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 [...], e nuovamente determinato in cinque anni, con la nuova disciplina dello stesso articolo 9, introdotta ad opera del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3*». In sostanza, secondo la Consulta, dopo l’entrata in vigore della normativa censurata, sarebbe venuta meno, con riferimento ai soggetti legittimati a fruire dei trattamenti previdenziali costituenti diritti soggettivi, l’equiparazione che originariamente preesisteva fra i cittadini italiani e gli stranieri extracomunitari in possesso di regolare permesso di soggiorno. Per ulteriori rilievi sul punto, sia consentito in questa sede rinviare ad CIERVO A., *I diritti sociali dei migranti*, Dossier di approfondimento sull’immigrazione, in *Rivista scientifica dell’Associazione italiana dei Costituzionalisti*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), n. 0, luglio 2010, pp. 1 ss.

<sup>467</sup> La sentenza è reperibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

della necessità in ogni caso che il giudice nazionale si attenga ad una lettura orientata al rispetto della Convenzione nell'interpretazione datane dalla Corte europea di Strasburgo; e ciò, tuttavia, del tutto differentemente da quanto si era registrato in altri Paesi europei come la Francia e la Repubblica federale tedesca ove essa è stata da tempo riconosciuta come una reale fonte “rinforzata” che, come tale, prevale al pari di quella comunitaria sulle norme di diritto interno ed è correlativamente passibile di un'applicazione diffusa da parte di ogni giudice nazionale; risultato cui peraltro si oppone nel nostro ordinamento la preclusione indotta dal recente orientamento della Corte costituzionale, che ha assunto su di sé tramite il controllo di legittimità delle fonti interne il ruolo di custode della retta interpretazione nell'ordinamento nazionale delle norme della Convenzione europea con le recenti sentenze 24. 10. 2007, n. 348 e n. 349»<sup>468</sup>.

Il Giudice sostiene che questa posizione d'incertezza della norma convenzionale all'interno del nostro sistema delle fonti, tuttavia, è stata superata dal legislatore costituzionale con il nuovo art. 117, co. 1, Cost. che avrebbe mutato completamente le precedenti prospettive giurisprudenziali e dottrinali, elevando in maniera pacifica il diritto internazionale pattizio a limite dell'attività del legislatore.

Di conseguenza, tale norma costituzionale svolgerebbe la funzione di “formalizzazione dell'obbligo di interpretazione conforme”, diretta non soltanto all'attività della Corte Costituzionale, ma anche ai giudici comuni, tanto di legittimità, quanto di merito.

Il giudice trentino prosegue «Chiarificatrici sono state sul punto le due sentenze della Corte di Cassazione a sezioni unite n. 1339 e n. 1340 del 26.1.2004, che hanno riconosciuto come l'applicazione diretta nell'ordinamento italiano dell'articolo 6 CEDU “non possa discostarsi dall'interpretazione che della stessa norma dà il giudice europeo”, la cui giurisprudenza “s'impone” ai giudici nazionali. Con sentenza 23.12.2005, n. 28507 le SS. UU. della Corte di Cassazione hanno, poi, assunto una chiara posizione in ordine all'immediata precettività delle norme della Convenzione, statuendone la loro diretta applicabilità in materia di risarcimento del danno per la non ragionevole durata del processo»<sup>469</sup>.

In definitiva, secondo il T.A.R. Trentino, compete a ciascun giudice ordinario

---

<sup>468</sup> T.A.R. Trentino Alto Adige, sent. n. 171/08, punto 2d delle motivazioni.

<sup>469</sup> *Ibidem*.

ricavare un comune parametro tratto necessariamente dalla stratificazione delle regole dettate per i singoli casi decisi, al fine di assolvere il dovere di formulare una lettura orientata della norma nazionale, anche in ragione del metodo casistico a cui è ispirata la giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>470</sup>.

Provando a tirare le somme di quanto sino ad ora esposto, a parere di chi scrive, pare che la giurisprudenza comune abbia ben recepito di buon grado il “decalogo” offerto dalla Consulta che, offrendo la possibilità ai giudici comuni di risolvere in via ermeneutica le antinomie tra diversi livelli ordinamentali, ha consentito l’estrinsecarsi di un ruolo “attivo” alla giurisdizione ordinaria nel delicato processo di adeguamento tra gli ordinamenti.

Le “ribellioni” alla Corte costituzionale da parte dei giudici ordinari sono, infatti, espressione di una giurisprudenza minoritaria e sporadica che sembra non aver attecchito all’interno del nostro ordinamento giuridico<sup>471</sup>.

Tuttavia si rileva come una parte della dottrina abbia evidenziato la rigidità del rapporto creato tra giudici comuni e Corte costituzionale, a seguito delle sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Il vincolo interpretativo che la Consulta ha sancito a chiare lettere nei confronti della giurisprudenza di Strasburgo, infatti, «rischia di mettere alle corde la stessa Corte costituzionale perché, nel caso di reale difformità tra la norma interna e la norma convenzionale, così come disegnata dalla Corte di Strasburgo, le consente di far valere le ragioni della Costituzione italiana, e i ragionevoli bilanciamenti fra diritti ricavabili dal nostro sistema costituzionale, soltanto affermando a chiare lettere la contrarietà a Costituzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, allo scopo di non utilizzarla come parametro interposto a cui commisurare la validità costituzionale delle leggi interne. Una soluzione quest’ultima, tuttavia, non certamente augurabile, perché implicante l’apertura di un serio conflitto frontale con

---

<sup>470</sup> CIERVO A., *L’interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*, op. cit., p. 35.

<sup>471</sup> Come sottolinea del resto anche CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale (parte II)*, in *Politica del diritto*, 2010, pp. 312 – 313: «la generalità dei giudici ha accolto pacificamente e con favore le indicazioni del giudice delle leggi, rifiutando la disapplicazione della legge statale chiesta, magari, dalla parte in causa; non sono tuttavia mancate le aperte ribellioni ed i casi in cui i giudici, forse ignorando le decisioni della Corte, tuttora equiparano diritto comunitario e diritto convenzionale, ritenendo che ambedue portino alla disapplicazione del diritto interno. Non è peraltro un caso che le stesse norme statali che sono state in questi casi disapplicate abbiano poi portato a incidenti di costituzionalità da parte di giudici più accorti».

la Corte di Strasburgo»<sup>472</sup>.

Peraltro, come è stato sottolineato in dottrina, il Giudice delle leggi avrebbe, attraverso le sentenze gemelle del 2007, implicitamente appoggiato la politica giudiziaria della Corte di Strasburgo che, atteso l'aumento esponenziale dei ricorsi da parte di quegli Stati dell'Est Europa che appartenevano all'ex blocco sovietico, ha cercato di accrescere il tasso di vincolatività delle proprie decisioni senza passare attraverso modifiche formali del testo della Convenzione medesima<sup>473</sup>.

## II.5 Le prospettive aperte dal Trattato di Lisbona

Se le riflessioni che precedono sono state comunque elaborate in una fase anteriore rispetto all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ora gli operatori del diritto – come dimostra chiaramente la recentissima giurisprudenza amministrativa che sarà oggetto di disamina nei paragrafi successivi<sup>474</sup> – possono contare su una serie di nuove disposizioni “potenzialmente” idonee a legittimare il primato e la diretta applicabilità della Convenzione al pari del diritto comunitario.

Ci si riferisce, in particolare, all'art. 6, par. 2 della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea che prevede: «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati».

È dunque in questo quadro, che sono intervenute due recenti decisioni dei giudici amministrativi, che alla luce delle innovazioni seguite all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, hanno invocato una soluzione diversa da quella accolta dalla Corte costituzionale. In particolare, le due pronunce amministrative evidenziano il “rinnovato tentativo” da parte dei giudici comuni di garantire alle norme della CEDU, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, quella idoneità “autoapplicativa” sostanzialmente negata dalla giurisprudenza costituzionale

---

<sup>472</sup> Così LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali*, op. cit., p. 51.

<sup>473</sup> Cfr. LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali*, op. cit., p. 54. In dottrina, al riguardo, si è parlato di una vera e propria “nuova aggressività postallargamento della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, così si esprime POLLICINO O., *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessioni ordinarie*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, pp. 19 ss.

<sup>474</sup> Par. II.6.1 e II.6.2.

formatasi in seguito alle sucommentate sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Infatti, già prima dello “stop” a tale tendenza operato dalla Consulta con le note sentenze “gemelle” del 2007, si erano riscontrati casi in cui la magistratura di merito aveva ritenuto legittimo applicare direttamente la norma di matrice convenzionale in luogo di quella interna ritenuta con essa incompatibile.

Le affermazioni dei giudici comuni amministrativi, che ci si appresta sinteticamente ad analizzare, non risultano quindi né nuove, né particolarmente coraggiose rispetto alla tematica della diretta applicabilità.

Ciò che risulta invece senza dubbio innovativo, se non addirittura “ardito”, è l’individuazione della fonte in grado di legittimare tale operazione. In entrambe le sentenze si rintraccia infatti la tesi per cui le norme CEDU vengono a beneficiare del medesimo statuto di garanzia delle norme comunitarie: non più, pertanto, norme internazionali idonee a fungere da parametro interposto nel giudizio di costituzionalità per il tramite dell’art. 117, comma 1 della Costituzione, bensì norme “comunitarizzate” grazie alle nuove prescrizioni contenute nel Trattato di Lisbona.

### **II.5.1 *segue*: La decisione del Consiglio di Stato n. 1220 del 2010**

In particolare, nella sentenza del Consiglio di Stato n. 1220 del 2010 si legge che «la Sezione deve fare applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall’art. 24 della Costituzione e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell’art. 6 del Trattato, disposta dal trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)»<sup>475</sup>. Dopo aver espressamente richiamato le più significative pronunce della Corte EDU in tema di effettività della tutela giurisdizionale e di “giusto processo”, il supremo giudice amministrativo non manca di chiarire che la fondatezza della soluzione interpretativa prospettata potrebbe tranquillamente prescindere dalla “presunta” comunitarizzazione della CEDU. Essa trarrebbe, infatti, direttamente la propria legittimazione dall’obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme che impone agli Stati, da un lato, di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio “*domestic remedies*

---

<sup>475</sup> Consiglio di Stato, sent. n. 1220 del 2010, punto 5 delle motivazioni.

*must be effective*”, dall’altro, di prevenire la violazione della Convenzione del 1950 con la scelta della soluzione che la rispetti.

Tuttavia, in una pronuncia di poco successiva<sup>476</sup> in materia di permesso di soggiorno, il Consiglio di Stato, ha sconfessato tale impostazione; infatti, dopo aver richiamato la pronuncia n. 349/07 della Corte costituzionale, il Giudice amministrativo ha statuito che «al giudice nazionale spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle fonti normative. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, egli dovrà investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell’art. 117, co. 1<sup>477</sup>».

#### **II.5.2. segue: La sentenza del T.A.R. del Lazio, Sez. II-bis, n. 11984 del 2010**

Pare invece molto più netto ed articolato l’*iter* logico seguito dal Tar Lazio, Sez. II *bis*, nella sentenza n. 11984 dello scorso 18 maggio 2010. In questa sede infatti, anche per la delicatezza del tema trattato (si controverte in tema di “accessione invertita” ovvero “appropriazione acquisitiva”), il giudice amministrativo ritiene di doversi soffermare in maniera più diffusa sul “rinnovato vigore dei principi affermati dalla CEDU, ai quali il legislatore del T.U.E. ha dichiaratamente aderito e che oggi non possono non guidare l’interprete nell’applicazione dello stesso testo normativo”<sup>478</sup>. Il Tar sostiene senza mezzi termini che la questione del rapporto tra diritto interno e diritto convenzionale è destinata necessariamente a nuovi e più incisivi sviluppi a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tale documento che modifica il Trattato sull’Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri ed entrato in vigore lo scorso 1° dicembre 2009, avrebbe avuto infatti il fondamentale merito di introdurre almeno due centrali innovazioni.

In primo luogo, operando un analitico raffronto tra la vecchia e la nuova disciplina, il giudice amministrativo si sofferma sulla nuova formulazione dell’art. 6, secondo

---

<sup>476</sup> Consiglio di Stato, sent. n. 3760 del 2010.

<sup>477</sup> Consiglio di Stato, sent. n. 1220 del 2010, punto 9.2 delle motivazioni

<sup>478</sup> Tar Lazio, Sez. II-*bis*, sent. n. 11984 del 2010, punto 12 in diritto.



comma, del Trattato che, ponendo fine alla dibattuta questione circa l'ammissibilità dell'adesione dell'UE alla CEDU, dispone: "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". In secondo luogo, a fronte del riferimento mediato alla Carta dei diritti fondamentali e dell'affermazione del mero impegno dell'Unione a rispettare i diritti e le libertà garantite dalla CEDU nonché di quelle risultanti dalle Tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri quali principi del diritto comunitario, la disposizione in esame, al successivo comma 3, stabilisce che "i diritti fondamentali, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'unione in quanto principi generali".

Da tale ricognizione della normativa comunitaria, che funge da premessa maggiore del proprio ragionamento, il giudice di merito ritiene di poter desumere che i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU sarebbero ormai riconosciuti quali principi interni al diritto comunitario e perciò, come tali, immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione. Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, poi, la prevalenza delle norme convenzionali "comunitarizzate" sulle contrastanti norme interne verrebbe ancorata all'art. 11 della Costituzione. Alla luce di ampia e ormai decennale giurisprudenza, tale ultima disposizione si porrebbe quale fonte dell'obbligo per il giudice interno non solo di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ma anche e soprattutto di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione a favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia della Corte di Lussemburgo, ma "senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno".

Secondo il Tar laddove, come nel caso scrutinato, la Corte EDU abbia già fornito l'esatta ed uniforme interpretazione di una data questione giuridica, il giudice comune avrebbe il dovere di disapplicare le norme nazionali (siano esse statali o regionali) che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU. I diritti a cui ci si riferisce, perciò, non sarebbero più solo quelli provvisti di una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione in virtù del loro recepimento in una norma comunitaria, ovvero del loro impiego da parte della Corte di Lussemburgo quali principi generali, bensì qualsivoglia situazione giuridica soggettiva provvista di tutela a livello convenzionale

### II.5.3 La reazione del Giudice delle leggi italiano a tali pronunce: le sentenze nn. 80 e 113 del 2011

Le reazioni della maggior parte della dottrina<sup>479</sup> a queste sentenze sono state alquanto severe nel senso di negare la sostenibilità del percorso argomentativo delineato dalla giurisprudenza amministrativa. Si è affermato che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non rappresenti un'argomentazione valida per sostenere l'applicabilità diretta della convenzione nell'ordinamento interno, perché da una parte non si è ancora compiuto il processo di adesione dell'UE alla Convenzione e dall'altra le norme convenzionali al pari delle tradizioni costituzionali sono utilizzabili solo come "principi generali dell'ordinamento europeo".

---

<sup>479</sup> CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza n.1220/2010 del Consiglio di Stato), in *www.giustamm.it*, 2010: "Il Trattato Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente – superando la tradizionale querelle (cfr. CGCE 28 marzo 1996, parere 2/94) - l'adesione dell'Unione alla CEDU. Non solo tale adesione deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato, ma soprattutto non comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì - semplicemente - una loro utilizzabilità quali "principi generali" del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Si tratta di una formula non certo dissimile da quella originaria del Trattato sull'Unione europea (approvata nel 1992) "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario". Ad avviso di chi scrive, quindi, il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della CEDU che resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale". Nello stesso senso LISENA F., *L'Unione europea "aderisce" alla CEDU: quando le parole non bastano a "fare cose"*, in *www.giustamm.it*. Sembra, al contrario, propende per l'immediata "disapplicazione" della norma interna contrastante con il diritto comunitario SESTINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *www.giustamm.it*, il quale sostiene che «non sembra, quindi, potersi così pacificamente escludere che il Tribunale nazionale, qualora ravvisi la violazione di un diritto che è sancito dalla CEDU (e che costituisce ora principio fondamentale del diritto dell'Unione) e non possa ricorrere all'interpretazione conformativa della norma nazionale, debba sottoporre la questione di legittimità alla Corte costituzionale, e non debba, invece, direttamente procedere alla disapplicazione della norma nazionale, sulla base non del generico rinvio al diritto pattizio ex art. 117 Cost, ma dello specifico riconoscimento del diritto dell'Unione compiuto dall'art. 11 Cost. Qualora poi la Corte di Strasburgo, cioè il giudice della Convenzione (così la sent. n. 349 del 2007 della Corte costituzionale) cui ora l'unione Europea aderisce, abbia sancito la sussistenza di quel diritto e la sua violazione da parte dello Stato (come accaduto, ad esempio, per la riconosciuta violazione del diritto di proprietà con la c.d. accessione invertita CEDU, sez. I, 17 maggio 2005, 15 novembre 2005, 20 aprile 2006), non sembra neppure che l'eventuale disapplicazione debba necessariamente passare per una pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia, strada, questa, invece seguita dalla stessa Sezione II bis del TAR Lazio, ad esempio, per far dichiarare l'incompatibilità con gli artt 43 e 48 CE delle leggi regionali sulle distanze fra distributori di carburante «sfuggite» ad un recente intervento del Governo (C. giust., sez. III, 11 marzo 2010, C-384/08)».

In linea con queste argomentazioni si è espressa recentemente la Corte costituzionale con la sentenza n. 80/2011. Il giudizio avanti alla Corte è originato da una questione avente ad oggetto la legittimità di due leggi<sup>480</sup> nella parte in cui “non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica” nei giudizi davanti alla Corte di cassazione, in violazione dell’art. 6, I co., CEDU e difformemente – come rilevato dal ricorrente – da quanto affermato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza contro Italia*<sup>481</sup>. Non volendo in questa sede entrare nel merito della questione, la pronuncia in parola offre taluni spunti di riflessione per ciò che attiene al modo complessivo di essere dei rapporti interordinamentali.

Antonio Ruggeri<sup>482</sup>, commentando a caldo la sentenza del giudice delle leggi in esame ha giustamente sottolineato la natura confermativa della pronuncia rispetto alle principali indicazioni che la Corte costituzionale è andata fornendo nel tempo sul tema dei rapporti fra fonte nazionale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo, in essa appunto cogliendo “una pronuncia-summa del pensiero della Corte in tema di rapporti interordinamentali”. Per questa motivazione la sentenza in esame ha disatteso le aspettative di chi si attendeva un approfondimento delle prospettive aperte dalle “seconde” sentenze gemelle del 2009 (sentt. nn. 316 e 317) rese dalla Corte costituzionale<sup>483</sup>.

Nella pronuncia in esame, infatti, a fronte delle istanze del ricorrente, per il quale lo

---

<sup>480</sup> Oggetto della questione erano l’art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e l’art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera).

<sup>481</sup> Discorso a parte meriterebbe la questione relativa al rilievo riconoscibile in ambito interno alla giurisprudenza di Strasburgo (deve comunque osservarsi che in materia sono individuabili decisioni di segno opposto che il giudice delle leggi si premura di indicare nella pronuncia qui annotata).

<sup>482</sup> RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2011/0002\\_nota\\_80\\_2011\\_ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0002_nota_80_2011_ruggeri.pdf),

<sup>483</sup> Mentre nelle sentenze 348 e 349/2007 gli strumenti forgiati per armonizzare il portato dei diritti della CEDU con le corrispondenti norme costituzionali erano in larga misura quelli tradizionali del rispetto formale di un livello normativo gerarchicamente superiore (quello costituzionale) da parte di uno inferiore (la CEDU medesima), nella giurisprudenza successiva, ed in particolar modo a partire dalla sent. n. 317 in parola, la Corte innesta su questo piano la considerazione per cui il «risultato complessivo dell’integrazione delle garanzie dell’ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall’incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali» (punto 7 del Considerato in diritto). Si vedano in merito: RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, e POLLICINO O., *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, entrambi su [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

schema della fonte interposta delineato nelle sentt. nn. 348 e 349 del 2007 sarebbe oggi superato dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Consulta mostra di non volersi distaccare dall'impostazione adottata negli ultimi anni. Alla base delle ragioni del remittente vi è la constatazione che «i diritti elencati della Convenzione sarebbero stati ricondotti all'interno delle fonti dell'Unione addirittura sotto un duplice profilo. Da un lato, cioè, in via diretta e immediata, tramite il loro riconoscimento come principi generali del diritto dell'Unione; dall'altro lato, in via mediata, ma non meno rilevante, come conseguenza della trattatizzazione della Carta di Nizza» (attraverso l'art. 52).

La Corte, nel suo ragionamento, rileva come il sistema di tutela dei diritti fondamentali in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona risulti oggi più complesso, fondandosi sulla Carta dei diritti fondamentali (Carta di Nizza), la CEDU ed i “principi generali”.

La Consulta, osservando che l'adesione dell'UE alla CEDU non è ancora avvenuta, si astiene dal commentare gli effetti che si verificherebbero a seguito di tale annessione. Attraverso tale motivazione la Corte non dà seguito alle richieste della parte privata che, evidentemente in maniera erronea, chiedeva la diretta applicabilità della CEDU in virtù dell'art. 11 Cost. in seguito all'entrata in vigore dell'art. 6 TUE, utilizzando per la Convenzione lo stesso meccanismo previsto per il diritto comunitario, percorrendo sostanzialmente il binario seguito dalle sentenze precedentemente citate del Consiglio di Stato e del T.A.R. Lazio (peraltro, non tutta la giurisprudenza amministrativa ha concordato con questo orientamento<sup>484</sup>).

Allo stesso tempo la Corte ha offerto delle precisazioni riguardo le modalità attraverso cui opererà tale adesione dell'Unione alla CEDU; ha affermato l'“impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (come nel caso sottoposto a questa Corte), di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione)”. E ancora “i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale”. Da ciò si desume come la CEDU potrebbe trovare applicazione diretta (*ex art. 11 Cost.*) solo nei casi in cui le sue previsioni rientrino tra

---

<sup>484</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, sent. 15/09/2010, n. 5988.

le competenze dell'Unione e nel caso che ci sia una sostanziale coincidenza tra la CEDU stessa e la Carta di Nizza o altra norma dell'Unione. In tal caso, si verificherebbe la situazione per cui la forza normativa della CEDU potrebbe «espandersi e contrarsi, in base alla coincidenza o meno con le norme dell'Unione e la sua afferenza ad ambiti materiali di competenza di questa»<sup>485</sup>. In tal senso è difficile pensare all'ipotesi di un'applicazione diretta della CEDU in alcuni casi e non in altri, come se si possa individuare una scala di valore tra le disposizioni convenzionali.

La Corte ha, inoltre, ribadito che l'art. 11 non dà "copertura" al sistema CEDU. Il Giudice delle leggi ha evidenziato altresì come Consiglio d'Europa e Corte di Strasburgo appartengano ad una realtà diversa rispetto a quella dell'Unione Europea, e che solo quest'ultimo sia dotata della copertura dell'art. 11 della Costituzione. Tale estrema difesa dell'unicità dell'Unione europea ad avere la copertura dell'art. 11 Cost. sembra agli occhi di una dottrina, che non può certo considerarsi minoritaria, eccessiva.

Una linea, quindi, sostanzialmente in linea con la giurisprudenza del 2007 (sentt. nn. 348 e 349) che, tuttavia, sembra abbandonare con la sent. n. 113 del 2011.

La questione oggetto della decisione n. 113 del 2011 costituisce l'ultimo tassello del controverso caso *Dorigo*; caso che solleva numerose problematiche di primissimo rilievo, da quelle relative al rapporto tra ordinamenti, al delicato tema del superamento del giudicato, al bilanciamento tra principi nel sistema integrato, sino ai limiti delle possibilità additive della Corte costituzionale.

La Corte si era, infatti, pronunciata su tale caso già nel 2008<sup>486</sup> con una decisione d'inammissibilità accompagnata, tuttavia, dall'invito, rivolto al legislatore, di intervenire per ripristinare il mancato adempimento di un obbligo assunto dallo Stato in sede sopranazionale. Ed è proprio la mancata risposta a quell'invito che ha imposto alla Consulta, sollecitata nuovamente dalla Corte d'Appello di Bologna sempre sul medesimo caso, di tornare sul punto<sup>487</sup>. In questo modo l'esame della

---

<sup>485</sup> Cfr. RANDAZZO A., *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Consulta On line*, <http://www.giurcost.org/studi/randazzo2.htm>

<sup>486</sup> Cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 129 del 2008 che è stata oggetto di approfondimento nel par. II.4 del presente capitolo.

<sup>487</sup> I numerosi disegni di legge di riforma, infatti, non sono pervenuti ad alcun risultato. Ci sembra il caso di segnalare fin d'ora, però, che alcuni di questi progetti si sono arenati per le numerose difficoltà di introdurre una siffatta ipotesi di revisione del processo, talune di compatibilità con la funzione "interna" dell'istituto, talaltre di compatibilità con la Costituzione. Si veda, per una disamina dei progetti di legge e di questi problemi, PUGIOTTO A., *Vent'anni dopo l'insegnamento di Giovanni*

Corte costituzionale si sposta, quindi, dalla verifica dell'assenza di tutela in un singolo caso (con cui si era sino ad ora cimentata) alla questione, ben più complessa e gravida di implicazioni, dei rimedi da approntare nel caso in cui il diritto nazionale non riesca garantire il pieno ed effettivo ristoro del diritto convenzionale leso.

Nella sentenza in esame la Corte conferma, anzitutto, quanto costantemente ribadito, a partire dalle note sentenze 348 e 349 del 2007, circa i rapporti con il sistema CEDU<sup>488</sup> e percorre ogni passaggio del controllo di conformità della norma interna a quella convenzionale, per come elaborato nella propria giurisprudenza: per prima cosa, valuta se esistano “controlimiti” convenzionali; una volta esclusa questa evenienza, valuta la possibilità di pervenire ad una soluzione ermeneutica del dissidio; infine, esclusa anche tale possibilità, dichiara l'illegittimità costituzionale della normativa nazionale (*rectius*, nel caso di specie, della lacuna normativa nazionale) per via della violazione della norma convenzionale. Quanto al primo passaggio, la Consulta analizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa all'adempimento delle sentenze Cedu da parte degli Stati membri; giurisprudenza dalla quale emerge che, in casi quale quello pendente nel giudizio principale, l'art. 46, par. 1, CEDU ed il conseguente obbligo di *restitutio in integrum* in favore del soggetto vittima della violazione della Convenzione, si traduce in un impegno degli Stati membri a permettere la riapertura o la revisione dei processi<sup>489</sup>.

---

Battaglini, in BIN R., BRUNELLI G., PUGIOTTO A., VERONESI P. (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo* (e-book), Torino, 2007, p. 198. Il punto ci pare assumere un certo rilievo, dal momento che dimostra, come vedremo meglio più avanti, l'impossibilità che un intervento esaustivo potesse provenire dalla Corte costituzionale.

<sup>488</sup> Cfr. il punto 8 del Considerato in diritto: «A partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010; n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008; sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, sentenza n. 80 del 2011)».

<sup>489</sup> Per una lettura combinata dell'art. 46 e dell'art. 41 CEDU, applicata alle violazioni dell'art. 6 CEDU, si vedano, *ex plurimis*, Cedu, 23 ottobre 2003, *Gencel c. Turchia*; Grande Camera, 8 aprile 2004, *Assanidze c. Georgia*; Id., 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; Id., 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*; Id., 27 marzo 2005, *Stoichkov c. Bulgaria*; Id., 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*; Id., 13 ottobre 2005, *Bracci c. Italia*; Cedu, 19 ottobre 2006, *Majadallab c. Italia*; Id., 21 dicembre 2006, *Zunic c. Italia*; Cedu, 8 febbraio 2007, *Kollcaku c. Italia*; Id., 12 giugno 2007, *Pititto c. Italia*; Id., 11 dicembre 2007, *Drassich c. Italia*; Id., 25 novembre 2008, *Cat Berro c. Italia*; Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; Id., 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*. E' importante ricordare, altresì, che l'atteggiamento della Corte di Strasburgo è molto concessivo in ordine al conferimento agli Stati aderenti di un'ampia libertà di scelta delle modalità che essi ritengano più opportune a tali fini. Sul ruolo del cd. margine di apprezzamento nella giurisprudenza Cedu, si v. TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p.

La mancanza di una siffatta previsione all'interno dello Stato italiano comporta, pertanto, una violazione "sistemica" della Carta europea, cui lo Stato è tenuto a porre rimedio e di fronte alla quale il sistema convenzionale prevede meccanismi di intervento più aspri rispetto a quelli relativi a violazioni "occasional". Di più, qui la Corte fa notare come la violazione non sia meramente sistemica, ma potremmo dire addirittura "ontologica": «l'avvenuto esaurimento dei rimedi interni rappresenta, infatti, condizione imprescindibile di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo: con la conseguenza che quest'ultima si pronuncia, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile»<sup>490</sup>.

A questo punto, verificato che il *vulnus* non poteva essere sanato in via interpretativa<sup>491</sup> la Corte dichiara l'art. 630 cod. proc. pen. illegittimo nella parte in cui non contempla un "diverso" caso di revisione, rispetto a quelli ora regolati, volto specificamente a consentire (per il processo definito con una delle pronunce indicate nell'art. 629 cod. proc. pen.) la riapertura del processo quando la riapertura stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi a una

---

145 ss. e SCIARABBA V., *Il ruolo delle Corti costituzionali nella giurisprudenza della Corte EDU: considerazioni sulla dottrina del margine di apprezzamento*, in *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, cit., 235 ss. Per quanto ci interessa ai fini del presente scritto, e per le valutazioni che verremo a svolgere, principalmente, nel par. 3, importante sottolineare che, dunque, sotto questo profilo, le sentenze della Cedu non possono ritenersi, nella maggior parte dei casi, *self executing*.

<sup>490</sup> C. cost., n. 113/11, punto 5 delle motivazioni. La Corte aderisce qui, dunque, a quella dottrina che da tempo rinveniva nel combinato disposto degli articoli 35, 46 e 13 CEDU un obbligo degli Stati aderenti di prevedere meccanismi di revisione del processo per l'adeguamento alle decisioni di Strasburgo. Cfr. LUPU E., *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, op. cit., pp. 8 ss..

<sup>491</sup> Erano, infatti, state prospettate diverse possibili soluzioni ermeneutiche del problema, tutte scartate dalla Corte stessa o dal giudice *a quo*, in sede di sollevazione della questione di legittimità. Il difensore del condannato aveva ad esempio prospettato la possibilità di ricondurre l'ipotesi di violazione del sindacato CEDU a quella del contrasto di giudicati prevista dalla lett. a), primo comma, art. 630 c.p.p., per il tramite dell'equiparazione della decisione europea a quella di un giudice speciale. In giurisprudenza si era invece evidenziato come una tale reinterpretazione dell'istituto fosse incompatibile con la sua tradizionale configurazione di strumento volto a comporre il dissidio tra "verità processuale" e "verità storica". Le soluzioni prospettate in alternativa dalla giurisprudenza sono state però ritenute dalla Corte «incomplete» e «inidonee» alla piena realizzazione dell'obiettivo. Si trattava della proposta di utilizzare l'istituto del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto *ex art. 625 bis c.p.p.* (Cass., 11 dicembre 2008, n. 45807; Id., 28 aprile 2000, n. 16507), non utilizzabile per tutti quei casi in cui la Corte di Cassazione non fosse stata coinvolta; della proposta di utilizzare la richiesta di restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione *ex art. 175, comma 2, c.p.p.* (Cass., 27 febbraio 2008, n. 8784; Id., 2 febbraio 2007, n. 4395), utilizzabile per i soli casi di violazioni della CEDU determinate dalla disciplina del processo contumaciale; della proposta di utilizzare un incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.* al fine di sollecitare il giudice dell'esecuzione a dichiarare l'ineseguibilità del giudicato (Cass., 25 gennaio 2007, n. 2800, con riferimento proprio al caso Dorigo); rimedio che «"congela" il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di "limbo processuale". Soprattutto, la mera declaratoria di ineseguibilità non dà risposta all'esigenza primaria: quella, cioè, di riapertura del processo, in condizioni che consentano il recupero delle garanzie assicurate dalla Convenzione» (così, il punto 5 del Considerato in diritto).

sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>492</sup>.

In questo modo, essa finisce per aprire un canale privilegiato per l'immissione nell'ordinamento di quelle tutele apprestate dalla Corte europea che non si limitano ad essere in contrasto con una singola norma di legge, ma incontrano, per così dire, un grado di resistenza peculiare nell'ordinamento: magari perché, come nel caso di specie, non contrastano solo con una precisa norma di legge ma si rivelano incompatibili con la *ratio* di un'intera disciplina o di un istituto, o magari perché richiedono (si potrebbe immaginare) una qualche disciplina di attuazione allo stato inesistente, o ancora perché chiamano in causa prassi amministrative solo in parte modificabili per il tramite di leggi ordinarie.

Dalla lettura della sentenza, in definitiva, si ha l'impressione che la Corte costituzionale abbia inteso consolidare quel percorso di integrazione non solo formale tra ordinamenti, ma legato piuttosto agli itinerari sostanziali di definizione e articolazione dei singoli strumenti di tutela, con una particolare attenzione a che i principi contenuti nelle decisioni della Corte di Strasburgo non vengano ostacolati dalla peculiarità o dalla diversità dei corrispondenti istituti del diritto nazionale.

In tal modo, l'efficacia della CEDU guadagna indubbiamente un rilievo maggiore di quello che, in un'ottica di soli rapporti normativi tra ordinamenti, ancora gli assegnavano le sentenze "gemelle" nn. 348 e 349.

Appare infatti chiaro che, ove dovesse generalizzarsi il ricorso all'art. 46 CEDU, ci si potrebbe trovare, per tutti i casi simili a quello ora in discussione, di fronte ad una sorta di «trasformatore»<sup>493</sup> automatico del diritto CEDU in diritto interno garantito dalla stessa Costituzione», a fronte del quale porre limiti desunti dal testo costituzionale rischia di rivelarsi sempre più un'ipotesi estrema, se non addirittura di scuola. Proprio questa conseguenza deve tuttavia far riflettere sugli esiti possibili di una simile impostazione dei rapporti tra ordinamenti.

Il ricorso sistematico al "trasformatore" dell'art. 46 CEDU, infatti, ha quale contropartita il rischio di un assottigliamento di quelle tecniche (si pensi in primo luogo alle sentenze a vario titolo manipolative, *in primis* le sentenze additive) di cui tradizionalmente la Corte costituzionale si è servita per modulare il rapporto tra precettività del testo costituzionale e dinamiche interpretative interne

---

<sup>492</sup> Cfr. C. cost., n. 113/11, punto 8 delle motivazioni.

<sup>493</sup> Termine ripreso da REPETTO G., *Tra continuità e nuovi scenari: l'efficacia della CEDU alla luce delle sentt. nn. 80 e 113/2011 della Corte costituzionale*, in [www.diritti-cedu.unipg.it](http://www.diritti-cedu.unipg.it), 29 aprile 2011.



all'ordinamento. In altre parole, se l'obiettivo primario viene considerato dalla Corte l'adeguamento del diritto interno ad un'esigenza di tutela proveniente dalle istanze di controllo di Strasburgo, e questo obiettivo, siccome fissato "dall'esterno" dell'ordinamento, viene perseguito indipendentemente dalle preoccupazioni di ordine sistematico, ed anzi proprio per porre rimedio ad un vuoto interno al sistema nazionale, appare necessario riflettere sui criteri e sui limiti che, in un simile scenario, si prestano a guidare l'azione interpretativa del Giudice delle leggi.

Proprio la sentenza n. 113 cit. si presta ad illustrare il problema. L'intervento additivo disposto dalla Corte, infatti, viene consapevolmente operato in assenza di qualsiasi necessità interna alle norme *sub judice*, perché l'art. 630 c. p. p. viene ritenuto una *sedes materiae* solamente opportuna ma non certo necessaria per l'introduzione del principio elaborato dalla giurisprudenza europea, vista l'estraneità dell'intervento additivo alla *ratio* dell'istituto così come disciplinato dal codice di procedura.

Come chiaramente si legge nella sentenza, infatti, «la revisione [...] costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato»<sup>494</sup>.

La constatazione della diversità degli istituti, quindi, solo mitigata dal requisito della semplice "assonanza", rivela come in questo ragionamento finisca per scomparire qualsiasi richiamo a quel criterio delle "rime obbligate" che ha tradizionalmente costituito l'antidoto ad un intervento additivo della Corte sganciato dal rispetto delle esigenze di coerenza e di continuità ermeneutica tra Costituzione e istituti legislativi.

Ciò non equivale a ritenere, tuttavia, che la sentenza in discussione approdi ad un risultato arbitrario. Essa, infatti, pare avere consapevolmente rimediato all'evidente assenza delle rime obbligate trasferendo i termini dell'intervento additivo dal piano legislativo a quello convenzionale.

#### **II.5.4 Alcune considerazioni critiche in ordine alle sentenze del giudice amministrativo**

La soluzione di una disapplicazione che passi attraverso la "comunitarizzazione"

---

<sup>494</sup> C. cost., n. 113/11, punto 8 delle motivazioni

delle norme convenzionali fondata sul disposto dell'art. 6 TUE – peraltro, già proposta qualche anno addietro dalla Corte di cassazione e poi esclusa dalla Corte costituzionale nel 2007<sup>495</sup> – viene, dunque, riproposta dai giudici amministrativi in seguito alle novelle introdotte con il Trattato di Lisbona.

Il risultato è quello di escludere un giudizio accentrato di costituzionalità della norma nazionale in contrasto con la Convenzione, che si fondi, come viceversa affermato dalla Corte costituzionale, sul parametro dell'art. 117, comma 1, Cost.

Tuttavia, pare fuor di dubbio che le sentt. n. 1220/2010 del Consiglio di Stato e n. 11984/2010 del Tar Lazio, Sez. II-*bis*, abbiano interpretato le richiamate previsioni dell'art. 6 del Trattato di Lisbona nella loro accezione più ampia, riconoscendo a pieno titolo la possibilità di applicare direttamente il diritto convenzionale “comunitarizzato” senza dover passare per l'incidente di costituzionalità.

Questa posizione, oltre a trovare la netta opposizione della dottrina<sup>496</sup>, non è

---

<sup>495</sup> La soluzione era stata ad esempio proposta da Cass. civ., 11 giugno 2004, n. 1467, n. 11096, in *Corriere giur.*, 2004, 1467, con nota di CONTI R., *La Cassazione ritorna su occupazione appropriativa e rispetto della Cedu*; Id., Sez. trib., 3 settembre 2004, n. 17837, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 275; Trib. Genova, 4 giugno 2001, in *Foro.it*, 2001, I, 2653.

<sup>496</sup> CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n.1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *www.giustamm.it*, 2010: “Il Trattato Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente – superando la tradizionale querelle (cfr. CGCE 28 marzo 1996, parere 2/94) - l'adesione dell'Unione alla CEDU. Non solo tale adesione deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato, ma soprattutto non comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì - semplicemente - una loro utilizzabilità quali “principi generali” del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Si tratta di una formula non certo dissimile da quella originaria del Trattato sull'Unione europea (approvata nel 1992) “L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”. Ad avviso di chi scrive, quindi, il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della CEDU che resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale”. Nello stesso senso LISENA F., *L'Unione europea “aderisce” alla CEDU: quando le parole non bastano a “fare cose”*, in *www.giustamm.it*. Sembra, al contrario, propendere per l'immediata “disapplicazione” della norma interna contrastante con il diritto comunitario SESTINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *www.giustamm.it*, il quale sostiene che «non sembra, quindi, potersi così pacificamente escludere che il Tribunale nazionale, qualora ravvisi la violazione di un diritto che è sancito dalla CEDU (e che costituisce ora principio fondamentale del diritto dell'Unione) e non possa ricorrere all'interpretazione conformativa della norma nazionale, debba sottoporre la questione di legittimità alla Corte costituzionale, e non debba, invece, direttamente procedere alla disapplicazione della norma nazionale, sulla base non del generico rinvio al diritto pattizio ex art. 117 Cost, ma dello specifico riconoscimento del diritto dell'Unione compiuto dall'art. 11 Cost. Qualora poi la Corte di Strasburgo, cioè il giudice della Convenzione (così la sent. n. 349 del 2007 della Corte costituzionale) cui ora l'Unione Europea aderisce, abbia sancito la sussistenza di quel diritto e la sua violazione da parte dello Stato (come accaduto, ad esempio, per la riconosciuta violazione del diritto di proprietà con la c.d. accessione invertita CEDU, sez. I, 17 maggio 2005, 15 novembre 2005, 20 aprile 2006), non sembra neppure che l'eventuale disapplicazione debba necessariamente passare per una pronuncia pregiudiziale della Corte

condivisa né dalla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>497</sup>, né da successive decisioni della stessa giurisprudenza amministrativa<sup>498</sup>.

Per quanto concerne la pronuncia del Consiglio di Stato manca, anzitutto, qualsivoglia spiegazione in relazione alla “diretta applicabilità” delle norme CEDU dopo Lisbona. Non viene, infatti, precisato in motivazione come, in realtà, l’adesione dell’Unione Europea alla Convenzione, prevista dal dettato del nuovo art. 6, par. 2, TUE, debba ancora avvenire, dovendosi e potendosi realizzare, come già si è detto, solo in seguito al concludendo accordo fra Unione e Consiglio d’Europa, unitamente all’assenso che tutti gli Stati contraenti saranno richiesti di esprimere. Il Consiglio di Stato sembra ignorare tale aspetto, riferendosi genericamente alla modifica operata sulla disposizione dell’art. 6 TUE con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, quale unico elemento sufficiente a determinare tale “diretta applicabilità”<sup>499</sup>.

La Quarta Sezione poi non provvede a specificare quali siano le effettive conseguenze del considerare direttamente applicabile le disposizioni CEDU nel nostro ordinamento. Dopo essersi riferita alla “diretta applicabilità”, la decisione passa, nel periodo successivo della motivazione, ad invocare la “pacifica giurisprudenza della Corte di Strasburgo” sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, per poi concludere orientando la soluzione del caso oggetto di

---

di Giustizia, strada, questa, invece seguita dalla stessa Sezione II bis del TAR Lazio, ad esempio, per far dichiarare l’incompatibilità con gli artt 43 e 48 CE delle leggi regionali sulle distanze fra distributori di carburante «sfuggite» ad un recente intervento del Governo (C. giust., sez. III, 11 marzo 2010, C-384/08)».

<sup>497</sup> Si vedano le pronunce nn. 348-349 del 2007, nonché la sentenza n. 80/11 della Corte costituzionale.

<sup>498</sup> Cfr. Consiglio di Stato, 3760/2010 *cit.*. Si veda anche T.A.R. Lombardia, 15 settembre 2010, n. 5988, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "Se il Trattato di Lisbona consente ora (superando il parere negativo CGCE 28 marzo 1996, parere 2/94, che aveva ritenuto necessaria allo scopo una revisione costituzionale) l'adesione dell'Unione alla CEDU, deve ritenersi che, prima di allora, gli articoli della Convenzione non siano ancora direttamente applicabili. Difatti, la proposizione "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" non può, evidentemente, aver comportato di per sé l'effetto costitutivo della inserzione dell'Unione europea nel quadro istituzionale della CEDU, per il quale occorrerà percorrere (cfr. art. 218 TFUE; protocollo n. 8 annesso al Trattato) una procedura "internazionalistica" di negoziazione articolata (un accordo nelle forme di un trattato o di un protocollo di emendamento della CEDU sarà necessario anche per apportare tutti gli adattamenti che consentano l'intersezione dei due "sistemi"). Prematuro, ai nostri fini, è allora chiedersi se l'adesione alla CEDU comporterà l'equiparazione della Convenzione ai Trattati, ovvero se gli enunciati ivi contenuti conserveranno il rango intermedio dei principi generali, sia pure rilevanti autonomamente e non più tramite le decisioni della Corte di Giustizia (in quest'ultimo senso sembra deporre la differenza tra la previsione che attribuisce alla Carta dei diritti dell'Unione europea "lo stesso valore giuridico dei trattati", e l'art. 6.3, secondo cui i diritti CEDU vengono recepiti come principi generali del diritto comunitario)".

<sup>499</sup> Cfr. LIENA F., *L'Unione europea "aderisce" alla CEDU: quando le parole non bastano a "fare cose"*, op. cit..

giudizio in conformità a siffatto principio, e dunque al disposto dagli artt. 6 e 13 CEDU, che ne costituiscono il fondamento normativo nel testo convenzionale.

Se “diretta applicabilità” significa imporre ai giudici comuni un obbligo d’interpretazione conforme delle norme nazionali in rapporto alle garanzie convenzionali ed alla giurisprudenza di Strasburgo, questo è in realtà un effetto che già è insito nella stessa relazione fra Stati contraenti e Convenzione, nell’ottica di un principio di sussidiarietà che caratterizza dal suo interno il sistema CEDU. Ciò che fanno, dunque, i giudici di Palazzo Spada nella fattispecie, ovvero decidere il caso fondandosi sul riferimento agli artt. 6 e 13 della Convenzione, come interpretati dalla Corte di Strasburgo al fine di affermare il principio di effettività della tutela giurisdizionale, non è certo un effetto del “dopo-Lisbona”, bensì un’ordinaria espressione del tradizionale rapporto che deve intercorrere fra la CEDU e la sua Corte, da un lato, e le giurisdizioni degli Stati contraenti, dall’altro.

Il dubbio che permane, tuttavia, all’interprete nel leggere la decisione del Consiglio di Stato è che con il riferimento alla “diretta applicabilità” si sia voluto intendere altro, ovvero si sia inteso aprire la strada alla soluzione di un controllo diffuso da parte dei giudici comuni che possa sfociare anche nella eventuale disapplicazione della norma nazionale in contrasto con le disposizioni della Convenzione.

Il dubbio circa la volontà da parte del Consiglio di Stato di percorrere la via della disapplicazione, viene, come visto, completamente dissipato con la seconda pronuncia esminata.

La pronuncia del TAR Lazio, infatti, specifica maggiormente quel concetto di “diretta applicabilità” delle norme CEDU già espresso nella decisione del Consiglio di Stato. L’affermazione delle conseguenze di tale applicabilità, o come la definisce il TAR “immediata operatività”, si risolve nella soluzione di un possibile controllo diffuso e di un potere di disapplicazione riconosciuti alle giurisdizioni comuni attraverso la forza impositiva del diritto dell’Unione Europea.

La soluzione, se da un lato espressione di una positiva volontà di accrescere l’efficacia applicativa delle norme convenzionali, pare, peraltro, il frutto di un atteggiamento forse troppo “entusiastico” e di valutazioni non compiutamente approfondite, laddove venga enunciata senza soffermarsi a riflettere sulle intricate conseguenze che da essa possano derivare in termini di autonomia e di certezza dei rapporti fra ordinamento nazionale, diritto dell’Unione Europea e sistema di protezione dei diritti

fondamentali garantito dalla CEDU e dalla sua Corte.

### **Sezione III. Ordinamento della CEDU e Unione europea e rapporti tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo**

Nei rapporti fra ordinamento della CEDU ed ordinamento comunitario, e fra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo, come autorevolmente sottolineato da Panunzio: «non c'è integrazione e tantomeno gerarchia; ma certo c'è una sempre più evidente esigenza di coordinamento ed armonizzazione da soddisfare»<sup>500</sup>.

E ciò soprattutto in ragione della dimensione essenzialmente “evolutiva”<sup>501</sup> delle influenze reciproche fra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo. La separazione congenita tra i due sistemi giuridici e, conseguentemente, fra le due sfere di competenza giudiziaria, spiega, senza dubbio, gli equivoci che hanno caratterizzato da un canto il riconoscimento da parte della Corte di Lussemburgo dello “*status*” della CEDU nell’ordinamento giuridico comunitario e dall’altro il riconoscimento da parte della Commissione e della Corte europea dello “*status*” della Comunità europea nell’ordinamento giuridico convenzionale. Ciò nonostante la forzata e complessa coesistenza fra le Corti, sembra aver portato ad una progressiva, benché non del tutto rigorosa e lineare, convergenza fra le rispettive giurisprudenze, a volte anche ad un costo elevato<sup>502</sup>. Dalla convergenza fra Corti si è passati alla progressiva integrazione, per dirla alla Kelsen, fra i rispettivi sistemi giuridici, che ha contribuito alla costruzione di ciò che è stata definita la «giustizia costituzionale europea»<sup>503</sup>. Invero, i rapporti tra le due Corti sono stati definiti come una «forma di reciproco riconoscimento equivoco»<sup>504</sup>.

---

<sup>500</sup> PANUNZIO P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 42.

<sup>501</sup> Il giudice Tulkens ha affermato che «*la quatrième dimension des droits de l'homme, c'est le temps*» in TULKENS F., *L'Union européenne et la Cour européenne de l'homme, Journée d'études de Strasbourg, Le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 16-17 juin 2000, RUDH, 15 septembre 2000, vol. 12, n. 1-2, p. 50 ss.

<sup>502</sup> BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, op. cit., p. 87. L'Autore sottolinea come la tendenza ad appianare i possibili contrasti tra le due Corti ha spesso implicato la rinuncia ad innalzare il livello di tutela.

<sup>503</sup> HABERLE P., *Germania*, in *Le costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, PALICI DI SUNI PRAT E.- CASSELLA F. – COMBA M. (a cura di), Padova, 2001, p. 332.

<sup>504</sup> Così D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJGE et CEDH: “je t'aime, moi non plus” ?*, in *Pouvoirs*, 96, 2001, pp. 34 ss.

### III.1 La difficile coesistenza tra due ordinamenti geneticamente diversi

#### III.1.1 Gli iniziali “contrast” tra il sistema CEDU e il sistema comunitario ed il rischio di un “doppio standard” in materia di diritti fondamentali

Sul finire degli anni sessanta, la tutela dei diritti “oltre gli Stati”<sup>505</sup> in Europa, assistette all’intervento di un altro giudice rispetto alla Corte di Strasburgo; la Corte di Giustizia, infatti, dalla celebre sentenza *Stauder*<sup>506</sup> mutò la propria giurisprudenza per assumere su di sé l’ulteriore ruolo di garante del rispetto dei diritti fondamentali in ambito comunitario.

A questo punto le strade delle due Corti, prima rigorosamente separate e non comunicanti, iniziavano lentamente a convergere nel medesimo territorio, il territorio della protezione dei diritti umani.

I due Giudici hanno, pertanto, inaugurato una prima fase di “timida socializzazione” in ragione del comune obiettivo perseguito e dello “spazio territoriale” in parte coincidente. Tuttavia, è giocoforza riconoscere che il dialogo tra le due Corti è stato inizialmente dialettico<sup>507</sup>, a causa della solo parziale comunione di intenti dei due giudici, dell’identità meramente formale e non sostanziale della fonte normativa di riferimento per la salvaguardia dei diritti (la Cedu) e, del diverso standard di protezione garantito.

La tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario si è affermata non tanto come un obiettivo in sé ma piuttosto come uno strumento asservito ad una duplice causa: da una parte essa è stata introdotta per confermare la “bontà” dell’integrazione e dunque facilitarne e garantire la prosecuzione<sup>508</sup>; dall’altro essa ha costituito un baluardo di difesa dell’effettività e del primato del diritto comunitario

---

<sup>505</sup> GENNUSA M.E., *La Cedu e l’Unione Europea*, in M. CARTABLA (a cura di), *I diritti in azione*, op. cit. p. 95.

<sup>506</sup> Cfr. cap. III, par. III.5.

<sup>507</sup> Autorevole dottrina ha definito l’insanabile conflitto tra le Corti come una «*lotta sotterranea fra le due Corti per la primazia in Europa*», così ZAGREBELSKY G., *Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sopranazionali*, paper della relazione tenuta alla Luiss in occasione del Seminario “Corti europee e corti nazionali”, il 12 gennaio 2001: reperibile sul sito: <http://www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelsky/index.html>.

<sup>508</sup> GENNUSA M.E., *La Cedu e l’Unione Europea*, op. cit., p. 100.

contro le rivendicazioni delle Corti costituzionali nazionali, timorose della violazione da parte degli atti comunitari dei diritti fondamentali nei rispettivi ordinamenti<sup>509</sup>. Corollario della natura funzionale della tutela comunitaria dei diritti fondamentali è il carattere non del tutto oggettivo della garanzia offerta: essa si basa su un sistema di protezione predisposto unicamente a vantaggio dei cittadini comunitari che intraprendano attività passibili di interferire con l'ambito di applicazione del diritto comunitario<sup>510</sup>.

Il rapporto tra sistema comunitario e sistema convenzionale di tutela sembrerebbe configurarsi come un rapporto di *species a genus*: il primo caratterizzato da un meccanismo autosufficiente ed esclusivo confinato alla sfera di competenza della Comunità; il secondo incentrato su un meccanismo di tutela più ampio e sussidiario rispetto agli strumenti di tutela previsti dagli Stati membri.

Sistemi dunque paralleli, non comunicanti, privi di legami giuridici di sorta, il cui unico *trait d'union* all'inizio era la medesima fonte giuridica di tutela dei diritti, vale a dire la CEDU. Tuttavia, ad una parziale identità del parametro di riferimento, non ha corrisposto affatto, almeno in una prima fase, una conseguente identità dei beni giuridici tutelati e dello standard della protezione assicurata.

L'autonomo orientamento giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo trovava (e trova) una giustificazione nella peculiarità del sistema di tutela dei diritti dell'uomo in ambito comunitario e nell'assenza di un vincolo giuridico formale tra i due ordinamenti: la salvaguardia dei diritti deve essere «garantita nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»<sup>511</sup>; inoltre, in assenza di un catalogo

---

<sup>509</sup> J.H.H Weiler ha affermato a questo proposito che: «*the "surface language" of the Court in Stauder and its progeny is the language of human rights. The "deep structure" is all about supremacy*» in WEILER J.H.H., *Eurocracy and distrust: Some questions concerning the role of the European Court of justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 1986, p. 1119.

<sup>510</sup> A. G. Toth ha osservato che: «*Community law can only protect individuals vis-à-vis the Member States if they rely on human rights in the exercise of a right granted by the EC Treaty. It cannot protect against human rights violations per se*» in TOTH A. G., *The European Union and human rights: The way forward*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 497.

<sup>511</sup> Sentenza 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, questione pregiudiziale, causa 11/70, in *Racc.*, 1970, p. 1125. Quanto ai rilievi in dottrina si segnalano in particolare: M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, p. 35. L'Autrice parla a questo proposito di una sorta di «integrazione selettiva» dei principi costituzionali e dei diritti inviolabili nell'ordinamento comunitario. R. LAWSON, *Confusion and Conflict? Diverging interpretations of the European Convention on human rights in Strasbourg and Luxembourg*, in CURTIN D.- HEUKELS T. (a cura di), *Institutional dynamics of European integration essays in honour of Herry G. Schermers*, Dordrecht- Boston- London 1994, vol. III, p. 227. L'Autore enfatizza il ruolo della Corte di

comunitario dei diritti fondamentali la Corte ha fatto ricorso a strumenti eteronomi (segnatamente «le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»<sup>512</sup> e «i trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito»<sup>513</sup>) per individuare in modo specifico l'oggetto del suo intervento di tutela, all'interno dei quali la Cedu ha assunto un «particolare significato»<sup>514</sup>. La Convenzione europea non è stata applicata in quanto tale, ma incorporata nell'ordinamento comunitario e interpretata dalla Corte secondo il «filtro» delle esigenze di questo<sup>515</sup>. Per circa un ventennio (anni 70-90), in ragione delle profonde divergenze esistenti fra il neo sistema comunitario di tutela dei diritti fondamentali ed il preesistente sistema convenzionale, i rapporti tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo sono stati tutt'altro che cordiali determinando il pericolo concreto di costituire in Europa un "doppio standard" in tema di godimento dei diritti fondamentali.

In particolare, in assenza di un raccordo formale tra i due meccanismi di garanzia, l'efficacia del sistema di tutela dei diritti dell'uomo in Europa è stato messo a repentaglio dalle non sporadiche difformi interpretazioni che le due Corti hanno fornito di un medesimo diritto e dal rischio che le sovrapposizioni fra giurisdizioni sfociassero in conflitto di giudicati.

### III.1.2 Esempi di contrasti nella giurisprudenza delle due Corti

---

giustizia in «defending, or re-creating, fundamental rights as a special category of general principles of Community Law».

<sup>512</sup> *Ibidem*.

<sup>513</sup> Sentenza 14 maggio 1974, J. *Nold KG v. Commissione*, causa 4/73, in Racc. , 1974, p. 491.

<sup>514</sup> La Corte ha effettuato un primo richiamo esplicito alla Convenzione nella Sentenza 28 ottobre 1975, *Roland Rutili v. Ministre de l'Intérieur*, questione pregiudiziale, causa 36/75, in Racc., 1975, p. 1219. In una successiva pronuncia, sentenza 18 giugno 1991, ERT, C-260/89, Racc. p. I-2925, punto 41, la Corte ha attribuito alla Convenzione «un significato particolare», inaugurando una *valorisation rampante* della stessa. Così SIMON D., *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: «je t'aime, moi non plus»*, in *Pouvoirs*, 96, 2001, p. 34.

<sup>515</sup> Cfr. Editorial comments. Relations between international courts and community courts: Mutual deference or subordination?, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 584-585. Nonostante tale autonomia di interpretazione, parte della dottrina ha sottolineato che «la giurisprudenza sui diritti umani (della Corte di giustizia) è la parte meno autonoma dell'ordinamento giuridico sopranazionale. In nessun altro settore, infatti, la Corte di giustizia fa richiamo in modo così incisivo agli ordinamenti giuridici nazionali e al diritto internazionale», così A. VON BOGDANDY, *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1333.



Non sono mancati, infatti, casi in cui di una stessa disposizione convenzionale siano state fornite letture differenti a Strasburgo e nel Lussemburgo.

Ad una prima divergenza interpretativa si è assistito nel caso *Dorca Marina*<sup>516</sup> in merito al diritto ad un equo processo ed alla irretroattività delle leggi penali di condanna, disciplinati rispettivamente dagli articoli 6 e 7 della CEDU. Nel caso *Dorca* la Corte di giustizia ha fornito una lettura restrittiva dei diritti in questione, limitandone la portata ai soli procedimenti celebrati davanti a Corti o a Tribunali ed escludendone, pertanto, l'applicabilità al caso sottoposto in via pregiudiziale, concernente una sanzione di natura amministrativa irrogata dalla Commissione comunitaria, organo non giurisdizionale. La posizione assunta dalla Corte di giustizia si scontrava non solo con il disposto convenzionale, ma anche con precedenti orientamenti giurisprudenziali della Corte europea<sup>517</sup>.

Altro esempio di contrasto interpretativo tra le due Corti, vertente sempre sull'articolo 6 della CEDU è rinvenibile nei casi *Orkem c. Commissione*<sup>518</sup>, sollevato dinanzi alla Corte di Giustizia, e *Funke c. Francia*<sup>519</sup>, deciso dalla Corte europea. Infatti, mentre da un lato la Corte di Lussemburgo aveva ritenuto che l'articolo 6 della CEDU (Diritto ad un processo equo) non contenesse il "diritto a non testimoniare contro se stessi", dall'altro la Corte di Strasburgo affermava invece la circostanza che l'articolo 6 della CEDU attribuisse a tutti gli "accusati" il diritto di tacere e di non contribuire alla propria incriminazione.

Tuttavia, occorre precisare che, nonostante l'evidente contrasto interpretativo tra le due Corti, gli esiti delle cause sono stati abbastanza simili, a tal punto che parte autorevole della dottrina ha considerato i casi in discorso alla stregua di ipotesi di "concordanza sostanziale" tra i due giudici<sup>520</sup>.

Un altro contrasto giurisprudenziale tra la Corte Lussemburgo e quella di Strasburgo si è verificato alla fine degli anni Ottanta nel caso *Hoechst AG*, in cui la Corte di Giustizia aveva formulato un'interpretazione restrittiva dell'art. 8 della CEDU

---

<sup>516</sup> Sentenza 28 ottobre 1982, *Administrateur des Affaires maritimes di Bayonne e Procuratore della Repubblica c. José Dorca Marina e altri*, questione pregiudiziale, cause riunite da 50 a 58/82, in *Racc.* 1982, p. 4285 ss.

<sup>517</sup> Si veda per tutti la sentenza 28 giugno 1978, *König c. Germania*, *Seire A* n. 27. Per i rilievi in dottrina si veda BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, *op. cit.*, pp. 64 ss..

<sup>518</sup> Sentenza 18 ottobre 1989, *Orkem c. Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, in *Racc.*, 1989, pp. 3283 ss..

<sup>519</sup> Sentenza 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, *Serie A* n. 160.

<sup>520</sup> BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela*, *op. cit.*, p. 73.

(Diritto al rispetto della vita privata e familiare) negandone l'estensione ai locali commerciali<sup>521</sup>. Tre anni dopo la Corte di Strasburgo smentiva tale orientamento, affermando nel caso *Niemietz v. Germania*, che «la sfera di applicazione delle nozioni di vita privata e domicilio di cui alla citata disposizione convenzionale ricomprende anche certi locali o attività professionali o commerciali»<sup>522</sup>.

Occasionalmente, inoltre, si sono verificati casi in cui le due Corti sovranazionali sono state chiamate a pronunciarsi non già su casi analoghi, bensì sulla medesima fattispecie concreta. A titolo esemplificativo uno di questi casi concerne la tanto nota quanto contestata controversia relativa al divieto irlandese di diffondere informazioni circa la possibilità di ottenere pratiche abortive all'estero, corollario delle previsioni costituzionali della *Gründnorm* dell'Irlanda che vietano l'aborto.

Sul caso sono state chiamate a pronunciarsi, a distanza di pochi anni, la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo. La prima condannò l'Irlanda, ritenendo la proibizione sproporzionata perché «non necessaria in una società democratica»<sup>523</sup>. La Corte di Giustizia, dal canto suo, utilizzò un escamotage al fine di scongiurare il rischio di un conflitto di giudicato con il Giudice di Strasburgo. Sulla base del diritto comunitario, infatti, la misura adottata dal governo irlandese poteva considerarsi legittima in quanto in se non sproporzionata e, soprattutto, vertente su una questione su cui negli Stati membri non esisteva un consenso diffuso<sup>524</sup>. Tuttavia, il giudice comunitario concentrandosi sul quesito sollevato in via pregiudiziale dalla Corte dell'Irlanda sulla possibilità o meno di considerare un'attività organizzata di interruzione di gravidanza alla stregua di un servizio, dichiarò che l'attività svolta in concreto in Irlanda, consistendo in mero volantinaggio volontario ad opera di giovani appartenenti ad associazioni studentesche, non rientrava nella nozione di attività lavorativa, ed era pertanto esterna all'ambito di applicazione del Trattato istitutivo delle Comunità europee<sup>525</sup>.

Una sovrapposizione di giurisdizioni si è avuta anche nel celeberrimo caso TV10, avente ad oggetto una decisione delle autorità olandesi di equiparare un ente

---

<sup>521</sup> Orientamento confermato, peraltro, il mese successivo con le sentenze “*Dow Benelux NV*” e “*Dow Chemical Iberica SA ed altri*”, entrambe del 17.10.1989.

<sup>522</sup> Sentenza 21 settembre 1989, *Hochst AG v. Commissione*, cause riunite nn. 46/ 1987 e 227/1988.

<sup>523</sup> Sentenza 16 marzo 1988, *Society for the protection of the Unborn Children Ltd. v. Open Door Counselling Ltd.*

<sup>524</sup> Conclusioni Avvocato nell'ambito del caso Grogan.

<sup>525</sup> Sentenza 4 ottobre 1991, *The Society for the Unborn children Ireland LTD c. Stephen Grogan*, questione pregiudiziale, causa 59/90, in Racc. 1991 p. I-04685.

radiotelevisivo con sede in Lussemburgo ad un ente radiotelevisivo nazionale in quanto gestito in larga misura da cittadini olandesi e destinato principalmente ad un target. Siffatta decisione implicava l'applicazione all'ente televisivo interessato, della più severa legislazione statale che vietava alle emittenti interne la trasmissione via cavo. La Corte di giustizia<sup>526</sup> e l'allora Commissione europea dei diritti dell'uomo<sup>527</sup> sono state adite a circa un anno di distanza sulla medesima misura nazionale ed hanno deciso nello stesso senso: il trattamento più sfavorevole riservato alla TV10 e la conseguente restrizione della libertà di espressione cui era stata assoggettata risultavano giustificati dall'esigenza di garantire il pluralismo della televisione e che pertanto la misura nazionale oggetto del ricorso potesse considerarsi «necessaria in una società democratica»<sup>528</sup>.

Nonostante la sovrapposizione di giurisdizioni, in entrambi i casi sopra esaminati, i Giudici di Lussemburgo e di Strasburgo hanno magistralmente eluso il rischio di conflitto di giudicati fortemente delegittimante per entrambi. Infatti, come la dottrina ha enfatizzato, «decisamente troppo elevato il rischio di perdita di prestigio in questa eventualità perché non cercassero di porvi rimedio»<sup>529</sup> due organi che aspirano ad acquisire «lo status di *constitutionally significant symbols*»<sup>530</sup>. La consapevolezza delle nefaste conseguenze di un conflitto *in eternum* tra i rispettivi orientamenti giurisprudenziali ha invogliato le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, quantunque «geneticamente differenti»<sup>531</sup>, a promuovere l'avvio di un percorso di riavvicinamento dei due sistemi di tutela, quello comunitario e quello della CEDU. Invero, a partire dall'inizio degli anni novanta diverse istituzioni europee, subodorando il rischio di deflagrazione di un conflitto giurisprudenziale tra le due Corti europee hanno

---

<sup>526</sup> Sentenza 5 ottobre 1994, *TV10 c. Commissariaat voor de Media*, questione pregiudiziale, causa C-23/93, in *Racc.*, I-1994, pp. 4795 ss..

<sup>527</sup> Sentenza 11 gennaio 1994, *X.S.A. v. Paesi Bassi*, ricorso n. 21472/93, in DR 76, pp. 129 ss..

<sup>528</sup> *Ibidem*.

<sup>529</sup> GENNUSA M.E., *La Cedu e l'Unione Europea*, *op.cit.*, p. 106.

<sup>530</sup> Come evidenziato da GENNUSA M.E., *La Cedu e l'Unione Europea*, *op.cit.*, p. 106, si veda T. ACKERMANN, *The rise of world constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, 83, 1997, p. 775. Tale osservazione prende le mosse da due pronunce rispettivamente della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo: la prima riguarda la nota sentenza *Parti écologiste Les Verts c. Parlamento europeo* (1986, causa 294/1983) nella quale il giudice di Lussemburgo ha definito i Trattati come «la Carta costituzionale fondamentale della Comunità»; la seconda concerne la sentenza *Loizidou v Turkey* (1995), nella quale la Corte di Strasburgo ha qualificato la Cedu come «strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo».

<sup>531</sup> DEMURO G., *I rapporti fra la Corte di giustizia delle comunità europee e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problemi e prospettive*, in FALZEA P.-SPADARO A.-VENTURA L. (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, *op. cit.*,

avanzato proposte di coordinamento formale tra le stesse, al fine di tutelare l'integrità e la coerenza del sistema complessivo di protezione dei diritti dell'uomo.

### **III.1.3 Primi tentativi di adesione dell'Unione europea alla CEDU: la proposta di adesione dell'U.E. alla Convenzione e il controverso parere 2/94**

L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e il Parlamento europeo hanno svolto un ruolo pionieristico nel divulgare l'idea di un'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Formulata per la prima volta dall'Assemblea parlamentare nel 1981<sup>532</sup>, la proposta di adesione è stata rilanciata dal Parlamento europeo all'inizio degli anni novanta in tre diverse risoluzioni adottate il 15 dicembre 1993<sup>533</sup>, il 18 gennaio 1994<sup>534</sup> e il 26 aprile 1995<sup>535</sup>. Nella seconda, in particolare, il Parlamento ha insistito, tra l'altro, sul fatto che l'assenza di un raccordo giuridico-formale tra i due sistemi di tutela causava lacune nel sistema comunitario, in ragione della sottrazione degli organi della Comunità europea al meccanismo di controllo convenzionale, e amplificava il rischio di divergenza interpretative. Le pressioni politiche esercitate dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e dal Parlamento europeo hanno sortito un primo effetto positivo: il 19 aprile 1994 il Consiglio dell'Unione Europea ha chiesto alla Corte di giustizia un parere sulla compatibilità della prospettata adesione con il Trattato CE<sup>536</sup>. In realtà il Consiglio ha sottoposto all'esame della Corte una *mera ipotesi* di accordo, visto che i negoziati per la

---

<sup>532</sup> Risoluzione 745 (1981) del 29 gennaio 1981 adottata in occasione della trentaduesima sessione del Consiglio d'Europa, reperibile sul sito [www.coe.int](http://www.coe.int), nella sezione *Documents/Textes adoptés* o *Documents/Adopted textes*. Corre tuttavia l'obbligo di puntualizzare che la prima proposta di adesione della Comunità all'Unione è stata formulata dalla Commissione europea nel noto Memorandum relativo all'adesione delle Comunità alla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 aprile 1979, in *Boll. CE*. Per una disamina maggiormente dettagliata del contenuto del documento si rinvia a CAPOTORTI F., *Sull'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1980, pp. 5 ss.; JACQUE J. P., *Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges Boulois*, Paris, 1991, pp. 331 ss..

<sup>533</sup> Risoluzione sulle relazioni tra l'Unione e il Consiglio d'Europa, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, C 20 del 24 gennaio 1994, p. 44.

<sup>534</sup> Risoluzione sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee, C 44 del 14 febbraio 1994, p. 32 ss., spec. Punti 1 e 3, p. 33.

<sup>535</sup> Risoluzione su diritti dell'uomo nel mondo per gli anni 1993/1994 e la politica dell'Unione in materia di diritti dell'uomo; reperibile sul sito del Parlamento europeo [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int).

<sup>536</sup> La Corte ha rilasciato il proprio parere il 28 marzo 1996, Parere 2/94, in *Racc.*, I-1996, pp. 1796 ss..

conclusione dello stesso non erano nemmeno stati avviati. Nello specifico la Corte era stata chiamata a rispondere a tre quesiti: se la richiesta di parere in mancanza di un testo negoziale dell'accordo di adesione fosse ricevibile; se la Comunità avesse la competenza a concludere un simile accordo; se il contenuto di detto accordo fosse compatibile con il Trattato CE. Sul primo quesito la Corte si è pronunciata positivamente accogliendo la ricevibilità dell'istanza sulla base di due principali argomentazioni: la funzione preventiva dell'articolo 228 TCE<sup>537</sup> quale deterrente all'insorgere di difficoltà nel corso del negoziato di un trattato e la diffusa conoscenza del testo della Convenzione alla quale l'Unione avrebbe dovuto aderire. Accolta, dunque la ricevibilità, la Corte ha incentrato il proprio giudizio sul problema della competenza, omettendo intenzionalmente di valutare la compatibilità dell'accordo di adesione con il Trattato comunitario, oggetto principale del quesito, in ragione della mancanza di un testo consolidato e, dunque, degli elementi necessari per adottare una decisione (punti 19-22 del parere).

La Corte ha sviluppato il proprio *iter* decisionale prendendo le mosse dall'esame del principio di attribuzione come codificato nel Trattato di Maastricht, ma ammettendo che l'attribuzione in materia di conclusione di accordi internazionali, potesse essere implicita. A tal fine essa ha esaminato in successione la possibilità di utilizzare il c.d. principio del parallelismo delle competenze e l'art. 235 TCE. Come è noto, secondo il principio del parallelismo delle competenze, la Comunità può concludere accordi, in mancanza di esplicita previsione del Trattato, ogni volta che essa disponga della competenza ad adottare un atto in tale materia sul piano interno<sup>538</sup>. La Corte ha rilevato che «nessuna disposizione del Trattato conferisce alle istituzioni comunitarie, in via generale, il potere di emanare regole in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in questa materia» (punto 27 del parere). Sulla base di siffatta premessa, implicante una interpretazione restrittiva di diverse disposizioni del Trattato, la Corte ha scartato la possibilità di applicare il principio del parallelismo. Infatti, a rigore di logica l'applicazione del principio del parallelismo è

---

<sup>537</sup> Art. 260 della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

<sup>538</sup> Il principio è stato sviluppato a partire dalla sentenza *AETS* del 31 marzo 1971, causa 22/70, Racc. , p. 26. Su tale principio e sui modi in cui esso si combina con l'art. 235 del TCE si rinvia a MENGIOZZI P., *Il diritto delle Comunità europee*, Padova 1991, p. 383.

indissolubilmente legata all'accertamento dell'esercizio della competenza interna<sup>539</sup>. Tuttavia, nel caso di specie, la Corte si trovava impossibilitata a riscontrare il mancato esercizio della competenza sul piano interno, in ragione della scarsa conoscenza del contenuto dell'accordo che rendeva debole ed ipotetico il giudizio sul parallelismo. Conseguentemente la Corte ha dovuto verificare se un qualunque tipo di competenza in materia fosse potenzialmente esercitabile sul piano interno. Il problema del parallelismo è stato in tal modo assorbito da quello relativo alla possibilità di utilizzare, come base giuridica per l'adesione l'art. 235 TCE<sup>540</sup>. La Corte ha affermato che, allo stato, non esisteva nessuna disposizione che conferisse alla Comunità la competenza di emanare atti giuridici vincolanti in materia di diritti dell'uomo né di concludere accordi internazionali in tale settore, e che una simile adesione non si sarebbe potuta ammettere attraverso l'articolo 235 per le seguenti ragioni.

La Corte ha constatato che l'adesione avrebbe comportato un «cambiamento sostanziale» (*changement substantiel*) dell'attuale regime comunitario di protezione dei diritti dell'uomo poiché avrebbe inserito la Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto e integrato l'insieme delle disposizioni di quest'ultimo nell'ordinamento comunitario. Una simile modifica del regime di protezione dei diritti fondamentali all'interno della Comunità avrebbe avuto un «carattere costituzionale» (*envergure constitutionnelle*) e, pertanto, avrebbe oltrepassato i limiti dell'art. 235 TCE. Solo una modifica dei Trattati attraverso l'ordinaria procedura di revisione degli stessi avrebbe potuto consentire l'adesione (punti 34 e 35 del parere)<sup>541</sup>.

L'iter decisionale seguito dalla Corte ha sollevato un ampio dibattito in dottrina, fortemente critico nei confronti del giudice comunitario. Senza entrare nel merito della diatriba in parola<sup>542</sup>, occorre rilevare che la maggior parte della dottrina ha

---

<sup>539</sup> Come la stessa Corte ha affermato nel parere 1/94 del 15 novembre 1994, Racc. , p.5297, l'esercizio della competenza esterna deve essere anteriore o per almeno contestuale a quello della competenza interna.

<sup>540</sup> Art. 268 della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

<sup>541</sup> Tale sollecitazione è stata definita da autorevole dottrina come un inopportuno «rinvio alla politica», così BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi*, op. cit., p. 293. Dello stesso Autore si veda anche, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1997, p. 108.

<sup>542</sup> Sui rilievi in dottrina relativi agli aspetti problematici del parere n. 2/1994 cfr. G. GAJA, *Opinion 2/94*, in *Common Market Law Review*, 1996, pp.973 ss., S. O'LEARY, *Current topic: Accession by the European Community to the European Convention on Human Rights, The Opinion of the ECJ*, in *European Human Rights Law Review*, 1996, p. 362.; O. DE SCHUTTER e Y. LEJEUNE, *L'adhésion de la Communauté à la*

concordato nel ritenere che dietro la scarsa linearità della struttura argomentativa della Corte si celava una duplice esigenza: impedire cessioni di sovranità alla rivale Corte di Strasburgo e preservare l'autonomia dell'ordinamento comunitario<sup>543</sup>. Se da un canto, dunque, la *ratio* della Corte può essere definita eccessivamente restrittiva, dall'altro rimane inconfutabile il rilievo dell'inesistenza di una precipua base giuridica che legittimasse l'adesione.

Fallito questo primo tentativo di raccordo formale<sup>544</sup>, la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo hanno comunque incanalato i rispettivi orientamenti giurisprudenziali verso un sentiero di armonizzazione

### III.2 Dalla coesistenza al “dialogo” tra le Corti

#### III.2.1. Il sindacato della Corte di Strasburgo sugli atti comunitari

Per oltre trenta anni, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha recisamente escluso dal proprio raggio di competenze il sindacato sugli atti comunitari lesivi di diritti tutelati dalla CEDU<sup>545</sup>. Si è trattato di un *self restraint* dovuto alla mancata adesione della Comunità alla Convenzione e, dunque di un'inammissibilità *ratione personae*, intimamente connessa alla natura del soggetto responsabile della violazione

---

*Convention européenne des droits de l'homme, a propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés*, in *Chiers de droit européen*, 1996, p. 555 ; PAGANO E., *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 163 ss.; ROSSI L.S., *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Diritto dell'unione europea*, 1996, p. 839 ss.; TIBERI G., *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1997, pp. 437 ss., L. BETTEN- N. GRIEF, *Eu Law and Human Rights*, London- New York, 1998, pp. 111-123; P. WACHSMANN, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue du droit eur.*, juill-sept, 1996 ; ZANGHI C., *Un'altra critica al parere n. 2/1994 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano 1998, p. 1101.

<sup>543</sup> L'ambiguità del parere della Corte si evince dai richiami che la stessa effettua della propria giurisprudenza in materia dei diritti dell'uomo nonché dell'articolo F., n. 2 del Trattato di Maastricht (oggi art. 6.2 TUE): il giudice comunitario si preoccupa di contenere la portata delle proprie pronunce e della norma in questione, affermando che sulla base della propria giurisprudenza i diritti dell'uomo costituiscono meri parametri di legittimità degli atti comunitari e che l'articolo F.2 si limita ad un semplice richiamo alla protezione dei diritti così come tutelati dalla CEDU.

<sup>544</sup> Gli sviluppi successivi della problematica dell'adesione saranno diffusamente analizzati nei par. III.4 ss. del presente lavoro.

<sup>545</sup> La dottrina non ha mancato di sottolineare l'incongruenza di tale orientamento rispetto alle statuizioni della Commissione in tema di responsabilità degli Stati contraenti per le violazioni della CEDU, anche se provocate dall'esigenza di ottemperare ad altri obblighi internazionali (ricorso n. 342/1975, X v. Germania). Cfr., fra gli altri, GENNUSA M. E., *La Cedu e l'Unione Europea*, op. cit., p. 107.

dei diritti, implicante una sorta di immunità assoluta del diritto comunitario rispetto alle violazioni della CEDU<sup>546</sup>. Si creava, così, una vera e propria zona franca di tutela dei diritti fondamentali «assolutamente inimmaginabile nell'Europa del dopo muro di Berlino»<sup>547</sup>. Consapevole della falla che si era creata nel sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo, la Commissione, a partire dagli anni novanta, ha inaugurato un timido mutamento di prospettiva di cui sono espressione a vario titolo le sentenze *M & Co.*<sup>548</sup>, la sentenza *Cantoni*<sup>549</sup> e la sentenza *Matthews*<sup>550</sup>. Nel caso *M & Co* del 1990, la Commissione, incaricata di valutare l'ammissibilità di un ricorso avverso un atto statale adottato in attuazione di obblighi comunitari e, secondo il ricorrente comportante una violazione dell'art. 6 CEDU, ne ha dichiarato l'inammissibilità non già *ratione personae* bensì *ratione materiae*: «la Convenzione non impedisce agli Stati il trasferimento di poteri ad organizzazioni internazionali. Cionondimeno [...] un siffatto trasferimento di poteri non esclude necessariamente la responsabilità di uno Stato nei confronti della Convenzione con riguardo all'esercizio dei poteri trasferiti. Altrimenti le garanzie della Convenzione potrebbero essere limitate o escluse arbitrariamente e, dunque, essere private del loro carattere perentorio. L'oggetto e lo scopo della Convenzione quale strumento per la protezione dei singoli esseri umani richiede che le sue previsioni siano interpretate in modo tale da rendere le sue garanzie pratiche ed efficaci. Quindi il trasferimento di poteri a un'organizzazione internazionale non è incompatibile con la Convenzione, posto che all'interno di tale organizzazione, i diritti fondamentali ricevano una protezione equivalente». Siffatte statuizioni, che riecheggiano la formula utilizzata in quegli stessi anni dal Tribunale costituzionale federale tedesco, al fine di evitare l'esercizio della giurisdizione di legittimità costituzionale rispetto agli atti derivati della Comunità<sup>551</sup>,

---

<sup>546</sup> Così, ALKEMA E. A., *The EC and the European convention on human rights: Immunity and impunity for the community?*, in *Common Market Law Review*, 1979, p. 508.

<sup>547</sup> R. LAWSON, *Confusion and conflict? Diverging interpretation of the European Convention on Human Rights Law among Europe's Regional Courts*, in R. LAWSON, M. DE BLOIS (EDS), *The dynamics of the protection of human rights in Europe: essays in honor of Henry G. Schermers*, Dordrecht, Nijhoff, 1994, p. 253.

<sup>548</sup> Decisione del 9 febbraio 1990, *M. & Co. c. Germania*, ricorso n. 13258/87, in DR 64, p. 138. Cfr. commento GAJA G., *Gli atti comunitari dinanzi alla Commissione europea dei diritti dell'uomo: di nuovo Solange*, in *Rivista*, 1990, p. 388.

<sup>549</sup> Sentenza 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, in Reports 1996-V. La Corte ha affermato con *obiter dictum* che, benché una norma interna riprenda pedissequamente il contenuto di una direttiva, non per questo si sottrae all'applicazione della Convenzione.

<sup>550</sup> Sentenza 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1999-I, p. 251/305 ss.

<sup>551</sup> Si tratta della nota dottrina *Solange* elaborata dal tribunale costituzionale tedesco nel 1974 (sentenza *Solange I*, BVerfG 37, 271), e ribadita nel 1986 (*Solange II*, BVerfG 73, 339) con riferimento alla sindacabilità, a livello statale, degli atti comunitari: il tribunale ha dichiarato di astenersi dal



consentono alla Commissione di dichiarare il ricorso inammissibile, pur senza entrarvi nel merito, sulla base del principio dell'equivalenza della tutela dei diritti fondamentali assicurata nel sistema comunitario rispetto a quella garantita nel sistema convenzionale. La pronuncia in parola è stata fortemente criticata dalla maggior parte della dottrina che ha accusato la Commissione europea di aver «amputato il suo ruolo»<sup>552</sup>, di aver utilizzato uno «schema meramente processualista»<sup>553</sup> per risolvere una questione che avrebbe dovuto valutare nel merito, o ancora di aver veicolato l'idea di «riconoscere l'esistenza di un diritto dei diritti umani della Comunità europea separato e autonomo»<sup>554</sup>. Tuttavia, qualche voce non in linea con le precedenti ha ravvisato nella sentenza in discorso, un limitato passo in avanti verso la «comunicazione di due sistemi sino ad allora assolutamente, sotto questo profilo, non comunicanti»<sup>555</sup>.

Di maggior rilievo in tal senso, sembra essere la sentenza Cantoni del 1996, avente ad oggetto una legge francese di attuazione della direttiva comunitaria 1965/65, imputata di violare il principio di tassatività dei reati e delle pene garantito dall'articolo 7, par. 1 CEDU, in materia di salute pubblica. La Corte europea, chiamata a pronunciarsi a pochi mesi di distanza dal parere n. 2/1994 della Corte di Giustizia sull'adesione della Comunità europea alla CEDU, pur dichiarando il ricorso infondato, non declinò la giurisdizione ma entrò nel merito della questione. In ragione di ciò, parte della dottrina ha interpretato tale decisione come un «colpo di avvertimento sferrato dalla Corte di Strasburgo» alla Comunità ed alla sua Corte<sup>556</sup>.

---

verificarne la compatibilità con i principi costituzionali nazionali «fintantoché» (*Solange*, appunto) nel sistema comunitario ai diritti fondamentali fosse garantita una protezione equivalente a quella di cui essi godono nell'ordinamento tedesco. Per un'analisi delle due sentenze si rinvia a MANGIAMELI S., *Integrazione europea e diritto costituzionale*, op. cit..

<sup>552</sup> BULTRINI A., *La responsabilité des Etats membres de l'Union Européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire*, in *Revue trimestrelle des droits de l'homme*, 2002, p. 16.

<sup>553</sup> CANNIZZARO E., *Sulla responsabilità internazionale degli Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2005, p. 762.

<sup>554</sup> DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two Courts*, op. cit., p.637.

<sup>555</sup> Così GENNUSA M.E., *La Cedu e l'Unione Europea*, op. cit., p. 109. In linea con questa posizione dottrinale sembra essere anche F.G. JACOBS, *European Community law and the European Convention on human rights*, in CURTIN- HEUKELS (a cura di), *Institutional dynamics of European integration essays in honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London, Nijhoff, 1994, vol. II, p. 598. L'Autore sottolinea come una siffatta decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo possa essere stata condizionata dalla circostanza che oggetto del giudizio era un atto in relazione al quale lo stato non godeva di alcuna discrezionalità attuativa.

<sup>556</sup> SPIELMANN D. parla di «warning shot [...] fired by the Strasbourg Court»; cfr. Id., *Human Rights case law in the Strasbourg and Luxembourg: conflicts, inconstituenecies, and complementarities*, in ALSTON P., *The Eu and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 764.

Tale monito fu, successivamente, corroborato dalla celeberrima sentenza *Matthews* del 1999, occasionata dal ricorso di una cittadina britannica, residente a Gibilterra contro l'Atto sulle elezioni del Parlamento europeo del 1976. Secondo la ricorrente, dal momento che l'Atto in questione escludeva Gibilterra dalla partecipazione alle elezioni europee violava l'articolo 3 del protocollo n. 1 della CEDU in base al quale gli Stati contraenti sono tenuti «ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, elezioni libere a scrutinio segreto in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». La Corte ha dichiarato il caso in parola non solo ricevibile ma anche fondato. Senza addentrarsi nel merito della controversia, sembra opportuno ai fini del presente lavoro, soffermarsi piuttosto sulle motivazioni accampate dalla Corte a giustificazione della sussistenza della propria giurisdizione in materia: «la Corte osserva che gli atti della Comunità europea non possono, in quanto tali, essere oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte stessa, poiché la Comunità non è parte contraente. La Convenzione non esclude il trasferimento di competenze ad organizzazioni internazionali, posto che i diritti della Convenzione continuino ad essere assicurati. La responsabilità degli Stati membri, quindi, continua anche dopo un tale trasferimento. Nel presente caso, l'addotta violazione della CEDU discende dall'Atto del 1976, sottoscritto dal Regno Unito insieme con l'estensione delle competenze del Parlamento europeo introdotte dal Trattato di Maastricht. [...] Essi costituiscono tutti strumenti internazionali che sono stati liberamente sottoscritti dal Regno Unito. Invero l'Atto del 1976 non può essere impugnato davanti alla Corte di giustizia proprio per la ragione che esso non è un normale atto della Comunità, ma un trattato interno all'ordinamento giuridico della Comunità. Anche il Trattato di Maastricht non è un atto della Comunità, ma un trattato tramite cui è stata introdotta una revisione del Trattato Cee. Il Regno Unito, insieme con tutte le altre parti contraenti del trattato è responsabile *ratione materiae* in base all'art. 1 della Convenzione e, in particolare, in base all'articolo 3 del protocollo n. 1, per le conseguenze di quel Trattato»<sup>557</sup>.

*Prima facie*, la *ratio* cui la Corte si è informata sembra evocare *telle quelle* il c.d. *Solange* europeo espresso nel 1990: l'intervento del Giudice di Strasburgo trova giustificazione nella mancanza di “protezione equivalente” dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, in ragione dell'incompetenza della Corte di giustizia

---

<sup>557</sup> Punti 32-33 della sentenza *Matthews*, *op. cit.*

ad esercitare la propria giurisdizione nei confronti dei trattati internazionali. Tuttavia, da un esame più accurato della struttura argomentativa della Corte sembra potersi dedurre una portata maggiormente innovativa della pronuncia in discorso. Una parte della dottrina, infatti, ha fornito un'interpretazione ardita della sentenza, opinando che con essa la Corte ha posto «le premesse per un futuro esame da parte dei giudici di Strasburgo di tutti gli atti di diritto comunitario»<sup>558</sup>. È stato, inoltre, rilevato che l'idea in base alla quale con la sentenza Matthews la Corte europea abbia introdotto anche la possibilità di controllare gli atti comunitari derivati, almeno in via indiretta attraverso la responsabilità degli Stati membri della Comunità, sembra maggiormente conforme «al tenore testuale e alla struttura del giudizio che presenta l'argomento dell'assenza di giurisdizione del Lussemburgo come un argomento sussidiario e con la statuizione della Corte secondo cui non c'è ragione per cui agli Stati non dovrebbe essere chiesto di assicurare i diritti della Convenzione rispetto alla legislazione comunitaria nello stesso modo in cui si richiede che quegli stessi diritti siano assicurati rispetto alla legislazione puramente interna»<sup>559</sup>. Per amore di completezza occorre, infine, ricordare che una parte della dottrina, sposando una posizione ancora più estrema, ha etichettato la pronuncia in questione come «parere sul parere 2/1994» della Corte di giustizia tramite il quale il giudice di Strasburgo ha proceduto ad «un'annessione dell'Unione Europea per il tramite dei suoi Stati membri»<sup>560</sup>. Dopo questa stagione interventista la Corte di Strasburgo non ha mancato di assumere posizioni ambigue vis-à-vis di una serie di ricorsi aventi ad oggetto atti di diritto comunitario o riconducibili ad altri pilastri.

Si segnalano di seguito alcuni casi a suggello della scarsa nitidezza dell'orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo. Anzitutto rileva la posizione assunta dalla

---

<sup>558</sup> GENNUSA M.E., *La Cedu e l'Unione Europea*, op. cit., p. 111. In sintonia con tale orientamento si è sostenuto che la pronuncia della Corte europea avvalorava la tesi che estende la sfera di intervento del giudice dei diritti a tutti gli atti dell'Unione comunque sottratti al sindacato della Corte di giustizia così anche da ostacolare qualsivoglia tentativo «di isolare certi atti dal controllo giurisdizionale», LENAERTS K., *Respect for fundamental rights as a constitutional principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, pp. 15-16; T. KING, *Ensuring human rights review of intergovernmental acts in Europe*, in *European Law Review*, 2000, p. 86.

<sup>559</sup> D. NICOL, *Lessons from Luxembourg: federalism and the Court of human rights*, in *European Law Review*, 2001, p. 17. L'A. impernia le proprie considerazioni in specie sul paragrafo 34 della sentenza in questione.

<sup>560</sup> Cfr. le considerazioni di SCHEECK L., *Solving Europe's binary human rights puzzle. The interaction between Supranational Courts as a parameter of European governance*, Centre d'études et de recherches internationales Sciences Po, *Questiones de Recherche/Research in Question*, n. 15, ottobre 2005, reperibile sul sito [www.ceri-sciencespo.org/publica/qdr.htm](http://www.ceri-sciencespo.org/publica/qdr.htm), pp. 33 ss..

Corte nel caso *Segi e Gestoras Pro-Amnistia v. i 15 Stati membri dell'Unione Europea* del 23 maggio 2002<sup>561</sup>. Oggetto del ricorso era un atto del secondo pilastro (Politica estera e di sicurezza comune, Pesc), nello specifico la posizione comune 2001/931/Pesc che, includendo il nome delle ricorrenti nell'elenco «delle persone, gruppi ed entità coinvolti in atti terroristici» avrebbe violato il loro diritto alla presunzione di innocenza, la loro libertà di espressione e di associazione e il diritto ad un giusto processo. La Corte dichiarò il ricorso inammissibile in ragione del fatto che le ricorrenti non possedevano «la qualità di vittime di una violazione della Convenzione, nel significato di cui all'articolo 34 CEDU»<sup>562</sup>. Rimase, invece, in sordina nel caso in discorso, la questione della sussistenza o meno della competenza della Corte a giudicare sulla controversia; il giudice di Strasburgo ha glissato eloquentemente la problematica affermando che: «la Corte non ritiene necessario decidere sulla questione circa il se le ricorrenti avessero esaurito i rimedi che l'Unione Europea può offrir loro, come una richiesta di risarcimento del danno o anche un ricorso per annullamento». La dottrina ha interpretato tale posizione alla stregua di un implicito placet della Corte all'applicazione del criterio del previo esaurimento dei rimedi interni agli atti dell'Unione europea<sup>563</sup>.

Di recente, la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi sulla *vexata quaestio* della negazione del diritto di replica alle conclusioni dell'avvocato generale nei procedimenti celebrati dinanzi alla Corte di Giustizia: nel caso *Emesa Sugar v. Paesi Bassi* del 13 gennaio 2005 il governo olandese lamentava la lesione dell'art. 6 della CEDU in materia di giusto processo in ragione del mancato riconoscimento del diritto di cui si è detto. La Corte si è ritenuta incompetente *ratione materiae*, giudicando il ricorso estraneo all'ambito di applicazione della Convenzione:

«la Corte nota che il governo aveva sostenuto all'inizio che non si potesse ravvisare una responsabilità nazionale per la presunta violazione, poichè essa riguardava un atto

---

<sup>561</sup> Corre l'obbligo di precisare che la medesima questione è stata sollevata dinanzi al Tribunale di primo grado CE che ha dichiarato la propria manifesta incompetenza a risolvere il caso. Ord. 7 giugno 2004, causa T-338/2002, con nota di Bartoloni M.E., *La tutela giurisdizionale nell'ambito del secondo e terzo pilastro Ue*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, pp. 170-174. L'ordinanza è stata successivamente impugnata dalla Corte di Giustizia la quale ha respinto il ricorso, cfr. sentenza 27 febbraio 2007, cause C-354/2004 P e C-355/2004.

<sup>562</sup> La Corte ha sostenuto, in particolare, che le associazioni interessate non erano state in grado di dimostrare che la posizione comune denunciata (atto che di per sé risulta privo di efficacia diretta) avesse comportato l'adozione nei loro confronti di misure lesive di diritti.

<sup>563</sup> GENNUSA M.E., *La Cedu e l'Unione Europea*, op. cit., p. 113. Dello stesso avviso sembra essere SIMON D., *Des influences reciproques*, op. cit., p. 38.

della Corte di Giustizia; conseguentemente il ricorso avrebbe dovuto essere rigettato per essere incompatibile *ratione personae* con le previsioni della Convenzione. Tuttavia, la Corte non ritiene necessario affrontare questo problema, poichè nelle particolari circostanze del presente caso, ritiene più appropriato determinare prima se i procedimenti in questione (cioè quelli in relazione ai quali era stato negato all'interessato il diritto di replica all'avvocato generale) riguardino una disputa su diritti e obblighi civili nel significato dell'articolo 6, par. 1 CEDU»<sup>564</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale fluttuante della Corte di Strasburgo *vis-à-vis* del controllo sugli atti comunitari dimostra che le zone di interferenza tra le competenze del Giudice di Lussemburgo e del Giudice di Strasburgo sono ancora «*suscettables de s'accroître*»<sup>565</sup>.

Se da un canto l'iniziativa di ridurre il divario di giurisdizione all'interno dell'ordinamento europeo è stata promossa unilateralmente dalla Corte europea, dall'altro il comune timore di una delegittimazione non solo interna ai rispettivi sistemi, ma anche internazionale<sup>566</sup>, ha spinto le due Corti ad una mutua cooperazione al fine di armonizzare i propri orientamenti giurisprudenziali ed annientare i germi di incoerenza insiti nella dualità di meccanismi di protezione. Come in un coro a due voci, il Giudice di Lussemburgo ed il Giudice di Strasburgo hanno tentato di accordare le dissonanze interpretative di fattispecie coincidenti, operando frequenti e reciproci richiami delle rispettive posizioni giurisprudenziali.

### III.2.2 Esempi di coordinamento spontaneo tra Strasburgo e

---

<sup>564</sup> Citazione in GENNUSA M.E., *op. cit.*, p. 114.

<sup>565</sup> SIMON D., *Des influences réciproques*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>566</sup> La duplice dimensione, interna e internazionale, della potenziale delegittimazione è stata enfatizzata con riferimento all'Unione Europea è stata enfatizzata dall'Avvocato generale Mengozzi in occasione delle conclusioni presentate il 26 ottobre 2006, in causa C-354/2004 P. Gestoras Pro Amnistia, Juan Mari Olano Olano, Julien Zelarain Errasti v. Consiglio dell'Unione Europea, e causa C-355/2004 P, Segi, Arraitz Zubimedi Izaga, Aritza Galarraga v. Consiglio dell'Unione Europea (punti 85 e 86), a seguito dell'appello sollevato contro l'ordinanza del tribunale che aveva dichiarato la propria incompetenza a decidere dei ricorsi intentati: «se in un caso, come quello dei ricorrenti [interno al terzo pilastro], difettesse realmente ogni tutela giurisdizionale effettiva, saremmo allora in presenza, da un lato, di una gravissima e flagrante incoerenza di sistema sul piano interno all'Unione; dall'altro, di una situazione che, sul piano esterno, espone gli Stati membri dell'Unione ad una censura da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e indebolisce, oltre che l'immagine e l'identità dell'Unione sul piano internazionale, anche la sua stessa posizione negoziale nei confronti dei paesi terzi, con il rischio teorico di azionamento da parte di questi ultimi delle clausole relative al rispetto dei diritti dell'uomo di cui proprio l'Unione impone sempre più spesso l'inserimento negli accordi internazionali da essa stipulati».

## Lussemburgo

Dopo l'adozione del controverso parere 2/94, la Corte di giustizia, influenzata con molta probabilità dalla congiuntura<sup>567</sup>, ha emesso tre significative sentenze foriere di una «*valorisation rampante*»<sup>568</sup> della CEDU e della sua Corte a livello comunitario.

Il Giudice di Lussemburgo ha effettuato il primo richiamo alla giurisprudenza della Corte europea nella sentenza *P. v. S* del 1996<sup>569</sup>, avente ad oggetto la presunta lesione del principio di non discriminazione cagionata dal licenziamento di un transessuale dopo che questi aveva informato il proprio datore di lavoro dell'intenzione di sottoporsi ad un'operazione di cambiamento di sesso. La Corte ha deciso in caso informandosi alla definizione di transessuale formulata dal Giudice di Strasburgo nel caso *Rees v. Regno Unito* del 1986<sup>570</sup>. Più tardi, nella sentenza *Familiapress* del 1997<sup>571</sup>, la Corte di giustizia si è avvalsa di un precedente di Strasburgo<sup>572</sup> come parametro dirimente di un delicato bilanciamento tra due corollari antitetici di una medesima libertà, vale a dire la libertà di stampa, entrambi tutelati dall'articolo 10 della CEDU. Nello specifico, l'oggetto del ricorso concerneva una misura nazionale tedesca implicante una restrizione della libertà di stampa al fine di assicurare il pluralismo degli stampati. La Corte, con fare machiavellico, ha dichiarato giustificata la misura nazionale, impegnandosi a «"seguire" più che semplicemente a citare»<sup>573</sup> la soluzione adottata in precedenza dal suo omologo europeo. In linea con tale nuovo orientamento, la Corte, nella sentenza *Baustablgewebe* del 1998<sup>574</sup>, ha condannato, per la prima volta, la Comunità per violazione dei diritti dell'uomo, agendo quale

---

<sup>567</sup> Si ricorda che di poco successiva al parere 2/94 della Corte di giustizia, è la sentenza cantoni adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, e che è stata salutata dalla dottrina come un *warning shot* partito da Strasburgo ed indirizzato al Giudice di Lussemburgo.

<sup>568</sup> SIMON D., *Des influences reciproques*, op. cit., p. 35.

<sup>569</sup> Sentenza 30 aprile 1996, *P. v. S. and Cornwall Country Council*, questione pregiudiziale, causa C-13/1994, in *Racc.*, I-1996, pp. 2143 ss..

<sup>570</sup> Un commento negativo in merito all'opportunità di un simile richiamo da parte della Corte di Giustizia è stato effettuato da FLYNN F., in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 367 ss.. L'Autore mette in rilievo il fatto che la nozione di transessuale sponsorizzata all'epoca dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (ed infatti successivamente superata dalla stessa) era alquanto restrittiva e, pertanto non del tutto meritevole di un richiamo da parte della Corte di giustizia.

<sup>571</sup> Sentenza 26 giugno 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*, questione pregiudiziale, causa C-368/95, in *Racc.*, I-1997, p. 3689 ss.

<sup>572</sup> Sentenza 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia and others v. Austria*, Serie A n. 276.

<sup>573</sup> Così S. DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two Courts*, op. cit., p. 650.

<sup>574</sup> Sentenza 17 dicembre 1998, *Baustablgewebe GmbH v. Commissione*, questione pregiudiziale, causa C-185/1995, in *Racc.*, I-1998, p. 8417 ss.

«genuino giudice dei diritti umani»<sup>575</sup>. Ancora una volta, il Giudice di Lussemburgo ha risolto il caso in discorso attraverso il prisma della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di durata ragionevole dei processi<sup>576</sup>, garanzia ricompresa nell'articolo 6 CEDU: la Corte ha, infatti, considerato eccessiva la durata del procedimento dinanzi al Tribunale di primo grado, provvedendo a compensare direttamente (attraverso la riduzione della multa inflitta dalla Commissione) il ricorrente del danno subito.

Oltre alle sopramenzionate sentenze con le quali la Corte ha operato un *emprunt* della CEDU e della giurisprudenza della sua Corte, degne di menzione sono alcune più recenti pronunce, nella quali il Giudice di Lussemburgo ha operato un vero e proprio *revirement* rispetto a posizioni assunte in passato e antitetiche rispetto a quelle adottate dal suo omologo di Strasburgo. Anzitutto nella sentenza *LMV e a. c. Commissione* del 15 ottobre 2002<sup>577</sup>, la Corte ha riconosciuto il diritto all'accusato a non contribuire alla propria incriminazione ponendo, in tal modo, fine ad una delle controversie interpretative sorte all'inizio degli anni novanta con la Corte europea dei diritti dell'uomo. Un altro allineamento sostanziale della giurisprudenza della Corte di giustizia rispetto a quella di Strasburgo si è avuto nella sentenza *Rocquette Frères*<sup>578</sup>, con la quale si è risolta in modo più o meno definitivo la controversia circa l'applicabilità dell'art. 8 della CEDU ai locali commerciali<sup>579</sup>. Di recente, il caso *Ocalan e Vanly* del

---

<sup>575</sup> COHEN-JONATHAN G., *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 184.

<sup>576</sup> Cfr. GENNUSA M.E., *La Cedu e l'Unione Europea*, op. cit., p. 117, in nota n. 85 in cui sottolinea come una particolare incidenza sulla decisione della Corte sembra aver avuto una di poco precedente pronuncia del Giudice di Strasburgo, la sentenza *Pafitis v. Grecia* del 26 febbraio 1998 avente ad oggetto l'eccessiva durata dei processi dinanzi ai giudici nazionali a causa del tempo necessario per effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

<sup>577</sup> Sentenza 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LMV) e altri c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99, e C-254/99 P., in Racc., I-2002, p. 8375 ss. (in part. Punti 258-293).

<sup>578</sup> Sentenza 22 ottobre 2002, *Roquette Frères SA*, n.2-c. *Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, questione pregiudiziale, procedimento C-94/00, in Racc., I-2002, p. 9011.

<sup>579</sup> La Corte ha rivisitato la posizione assunta nella sentenza *Hoechst*, affermando che «nel determinare la portata del principio di protezione della sfera privata dell'individuo da ingerenze dei pubblici poteri, per quanto riguarda la tutela dei locali aziendali delle società, si deve tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo posteriore alla sentenza *Hoechst v. Commissione*, giurisprudenza da cui emerge, da un lato, che la tutela del domicilio, di cui all'articolo 8 Cedu, può essere in talune circostanze estesa ai locali citati (v. sentenza *Colas est e a. v. Francia* del 16 aprile 2002) e, dall'altro, che il diritto d'ingerenza autorizzato dall'articolo 8, par. 2 della CEDU potrebbe più facilmente estendersi a locali o attività aziendali o commerciali piuttosto che ad altri casi (sentenza *Niemietz v. Germania*, unto 29)»

gennaio 2007<sup>580</sup> ha offerto il destro alla Corte di giustizia per corroborare la propria giurisprudenza in materia di ammissibilità del ricorso individuale, richiamando *ad adiuvandum* la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e, in particolare, il caso *Segi*<sup>581</sup>. La Corte comunitaria ha operato un parallelismo tra la posizione del ricorrente *Vanly*, portavoce del Knk, ente politico non menzionato nella *black list* delle associazioni coinvolte in atti terroristici alla stregua del Pkk, e quella della *Segi* il cui ricorso era stato dichiarato irricevibile da Strasburgo a motivo dell'assenza della qualità di vittima della ricorrente ai termini dell'art.34 CEDU.

Nella maggior parte dei casi sopramenzionati, la Corte di Lussemburgo sembra avere dimostrato l'intenzione di volersi «appropriare»<sup>582</sup> dello standard di tutela dei diritti dell'uomo proprio della Corte di Strasburgo, annullando la contrapposizione tra «l'Europa dei diritti» e «l'Europa del commercio»<sup>583</sup>; ciò nonostante, è giocoforza riconoscere che non si è trattato di una supina emulazione. Al contrario, da un'attenta analisi dell'arsenale argomentativo utilizzato dalla Corte nelle citate sentenze, si evince l'impegno di questa ad effettuare un arduo bilanciamento tra due contrapposte esigenze: da un canto quella di garantire uno standard elevato di tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario, dall'altro quella di preservare la propria indipendenza istituzionale e custodire gelosamente lo status di Giudice supremo d'Europa. Tale attitudine “pirandelliana” della Corte, disposta ora ad indossare la maschera di genuino giudice dei diritti dell'uomo, ora quella di monopolista della giustizia costituzionale europea, pare confermata da alcune recenti pronunce e, in particolare dal recente e noto caso *Connolly*<sup>584</sup> in materia di libertà di espressione dei funzionari. Il signor Connolly, dipendente della Commissione, in seguito alla pubblicazione di un libro (*The rotten heart of Europe. The dirty war of Europe's*

---

<sup>580</sup> Sentenza 18 gennaio 2007, *Osman Ocalan* per conto del Kurdistan Workers Party (PKK) e Serif Vanly, per conto del Kurdistan National Congress (KNK) v. Consiglio, causa C-229/2005. Corre l'obbligo di precisare che la sentenza in questione è stata pronunciata a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza del Tribunale di primo grado che aveva dichiarato irricevibile il ricorso contro la decisione del Consiglio di inserimento del Pkk nell'elenco delle associazioni coinvolte in atti terroristici. Ord. Kurdistan Workers Party (Pkk); Kurdistan National Congress (KnK) v. Consiglio, causa T-229/2002, 15 febbraio 2005.

<sup>581</sup> Cfr. il par. III.2.1 del presente Capitolo.

<sup>582</sup> Di appropriation parla ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *La CEDH et la CJCE après le traité d'Amsterdam: vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?*, Europe. Octobre 1998, chron. 7.

<sup>583</sup> Così SCHEECK, *Solving Europe's binary human rights puzzle. The interaction between Supranational Courts as a Parameter of European Governabce*, in *Question de recherche/Research in question*, n. 15, Octobre, in [www.ceri-sciences-po.org/publica/qdr.htm](http://www.ceri-sciences-po.org/publica/qdr.htm)

<sup>584</sup> Sentenza 6 marzo 2001, *Connolly v. Commissione*, causa C-274/1999, in *Racc.*, 2001, p. 1575.



*money*) senza aver richiesto l'autorizzazione preventiva ex art. 17 dello Statuto delle Comunità, viene sottoposto ad un procedimento disciplinare e destituito. Il Tribunale di primo grado, adito per ottenere l'annullamento della decisione di destituzione, respinge il ricorso, ragion per cui il funzionario interessato ha impugnato l'ordinanza del Tribunale dinanzi alla Corte di Giustizia, sostenendo la contrarietà dell'art. 17 dello Statuto con l'art. 10 della CEDU. La vicenda giudiziaria si è conclusa con il soccombente sig. Conolly, destituito non già per non aver richiesto l'autorizzazione preventiva ai fini della pubblicazione, ma «perché aveva pubblicato uno scritto nel quale aveva severamente criticato, e perfino ingiuriato, membri della Commissione ovvero altri superiori gerarchici e messo in discussione gli orientamenti fondamentali della politica della Comunità»<sup>585</sup>. Al di là degli aspetti fattuali della controversia, ciò che maggiormente rileva ai nostri fini è la struttura argomentativa cui la Corte basa la propria decisione. Prima di evocare le disposizioni della CEDU e la giurisprudenza della Corte europea quali parametri di riferimento per risolvere il caso in parola<sup>586</sup>, il Giudice comunitario precisa che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza» (par. 37) e che trovano una precipua consacrazione formale nell'art. 6 del TUE (par.

---

<sup>585</sup> *Ibidem*, punto 62.

<sup>586</sup> I riferimenti alla CEDU sono numerosi soprattutto nei paragrafi 39-40-41: «Ainsi que la Cour des droits de l'homme l'a jugé, «la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels [d'une société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 [de la CEDH], elle vaut non seulement pour les 'informations,, ou 'idées,, accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent: ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique,,» (Cour eur. D. H., arrêts Handyside du 7 décembre 1976, série A n° 24, § 49; Müller et autres du 24 mai 1988, série A n° 133, § 33, et Vogt c. Allemagne du 26 septembre 1995, série A n° 323, § 52)»(39). La liberté d'expression est susceptible de faire l'objet des limitations énoncées à l'article 10, paragraphe 2, de la CEDH, aux termes duquel l'exercice de cette liberté «comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire» (40). «Ces restrictions appellent toutefois une interprétation étroite. Selon la Cour des droits de l'homme, l'adjectif «nécessaire», au sens de l'article 10, paragraphe 2, implique un «besoin social impérieux» et, si «[l]es États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin», l'ingérence doit être «proportionnée au but légitime poursuivi» et «des motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier» doivent être «pertinents et suffisants» (voir notamment arrêt Vogt c. Allemagne, précité, § 52; Wille c. Liechtenstein du 28 octobre 1999, requête n° 28396/95, § 61 à 63). En outre, toute restriction préalable requiert un examen particulier (voir arrêt Wingrove c. Royaume-Uni du 25 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1957, § 58 et 60)» (41).

38)<sup>587</sup>. Risulta, pertanto, evidente che la Corte non solo applica di fatto la giurisprudenza CEDU attraverso il prisma comunitario, ma soprattutto si guarda bene dal riconoscere tout court la vincolatività della Convenzione e l'autorità suprema del suo giudice. Quindi, nonostante la ricchezza di riferimenti alle decisioni della Corte europea dei dritti, il giudice comunitario in una prospettiva strettamente ortodossa, sembra presentare la CEDU come una fonte, seppur eloquente, di speciali *guidelines* e considerare le osservazioni della sua Corte alla stregua di “considerazioni generali”.

Tuttavia, ad onta di tale impostazione rigorosamente conservatrice della Corte, non può negarsi l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali<sup>588</sup>, peraltro facilitata da una simultanea e progressiva convergenza della giurisprudenza di Strasburgo sulle posizioni adottate dall' omologo di Lussemburgo. Neppure la Corte di Strasburgo, seppur con una minore frequenza, è rimasta del tutto ferma sulle sue tradizionali impostazioni: numerosi sono infatti i casi in cui essa si avvale anche della giurisprudenza comunitaria per formulare le proprie decisioni.

In tale ottica, il primo riferimento sembra risalire al caso *Marckx v. Belgio* del 1979<sup>589</sup>, in cui la Corte di Strasburgo ha aderito *sic et simpliciter* alla dottrina del *prospective overruling* così come interpretata e applicata dalla Corte di Lussemburgo nella sentenza *Defrenne*<sup>590</sup>. Come è noto, il *prospective overruling*, elaborato dalla Corte suprema degli Stati Uniti consiste in una limitazione degli effetti di una decisione modificativa della portata di un precedente solo ai casi futuri, lasciando inalterata l'efficacia del principio dell'*overruled* per tutte le situazioni insorte prima dell'*overruling*, a tutela del legittimo affidamento. Considerata l'origine del principio in questione, il fatto che la

---

<sup>587</sup> «Il convient de rappeler, à titre liminaire, que, selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect. À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La CEDH revêt, à cet égard, une signification particulière (voir, notamment, arrêt du 18 juin 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, point 41)» (37). «Ces principes ont, au demeurant, été repris à l'article 6, paragraphe 2, UE. Aux termes de cette disposition, «[l']Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire» (38).

<sup>588</sup> Si possono citare a conferma numerose altre pronunce, tra cui: sentenza 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*, causa C-112/2000 e la sentenza 14 ottobre 2004, *Omega Spielballen-und Automatenaufstellungs mbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, causa C-36/2002, su cui si veda M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, op.cit. 14 e ss.

<sup>589</sup> Sentenza 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, serie A n.31.

<sup>590</sup> Sentenza 08 aprile 1976, *Defrenne v. Sabena*, in *Racc.* 1976, pp. 455 ss..

Corte di Strasburgo abbia sposato la visione della Corte di Lussemburgo senza citare la casistica del Supremo giudice statunitense, è stato salutato dalla dottrina come un atto di ossequio nei confronti del Giudice comunitario<sup>591</sup>.

Nonostante questo timido gesto di “cordialità”, emblematico di una “coesistenza pacifica” dei due Giudici sovranazionali, tentativi più espliciti di convergenza della Corte europea sulle posizioni della Corte comunitaria si hanno solo sul finire degli anni novanta e si manifestano sotto una duplice forma: in alcuni casi la Corte ha effettuato rinvii alla giurisprudenza del suo omologo comunitario *ad adiuvandum*, in altri essa ha modificato, in parte, il proprio orientamento privilegiando quello di Lussemburgo. Quanto al primo aspetto, occorre ricordare l’ampia casistica relativa alle discriminazioni per sesso in ambito pensionistico e previdenziale che la Corte considera materie di “comprovata esperienza comunitaria” di conseguenza cita i precedenti della Corte di Strasburgo a sostegno delle proprie argomentazioni<sup>592</sup>. Di maggiore rilievo ai fini del presente lavoro sembra essere la seconda attitudine della Corte di Strasburgo, la quale in almeno due casi ha operato un rinvio alla Corte di giustizia per rettificare parzialmente la propria giurisprudenza. Il primo caso riguarda la controversa sentenza *Pellegrin v. Francia*<sup>593</sup> avente ad oggetto la *vexata quaestio* dell’applicabilità dell’art. 6, comma 1 della Convenzione ai procedimenti in materia di pubblico impiego. La precedente giurisprudenza della Corte europea tendeva ad escludere dal campo di applicazione dell’art. in discorso tale contenzioso, eccezion fatta per i casi in cui l’oggetto della lite avesse contenuto squisitamente patrimoniale e in cui non venissero messe in discussione le prerogative discrezionali della pubblica amministrazione<sup>594</sup>. Allo scopo di fugare ogni equivoco e mettere fine alle incertezze, la Corte di Strasburgo ha assorbito un criterio di origine comunitaria elaborato dalla Corte di Lussemburgo in materia di deroga al principio della libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità per gli impieghi nella pubblica

---

<sup>591</sup> In tal senso si veda tra l’altro, DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two Courts*, *op. cit.*, p. 641.

<sup>592</sup> Per citare i casi più recenti, si pensi alle sentenze *Walker v. Regno Unito* e *Barrow v. Regno Unito*, entrambe del 26 agosto 2006, in cui la Corte fa riferimento, in entrambi i casi, alla sentenza *The Queen v. Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission* del 1992, causa C-9/1991, e, nella sola sentenza *Barrow*, anche alle sentenze *Secretary of State for Social Security v. Thomas and Others* del 1993, causa C-328/1991; *Secretary of State for Social Security v. Graham* del 1999, causa C-92/1994; *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte Richardson* del 1995, causa C-137/1994; e *The Queen v. Secretary of State, ex parte Taylor* del 1999, causa C-328/1998.

<sup>593</sup> Sentenza dell’8 dicembre 1999, *Pellegrin v. Francia*, in *Racc.*, 1999-VIII, p. 207/251.

<sup>594</sup> A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell’uomo in Europa*, *op. cit.*, p. 83.

amministrazione<sup>595</sup>. Tale criterio, introducendo un elemento di rigidità nel sistema, ha comportato l'esclusione dalla portata dell'art. 6 tutte le controversie «riguardanti i pubblici dipendenti le cui funzioni rientrano tra le attività specifiche della pubblica amministrazione quando questa sia investita dell'esercizio di un pubblico potere e delle funzioni di salvaguardia degli interessi generali dello Stato e delle altre pubbliche collettività».

La dottrina non ha assunto una posizione unanime in merito alla portata della sentenza in parola: taluni l'hanno accolta come una «positiva novità»<sup>596</sup>, altri, invece, non hanno mancato di definirla come uno «sviluppo distorto della giurisprudenza di Strasburgo»<sup>597</sup>. Contrastanti sono state anche le opinioni espresse dalla dottrina sulla sentenza *Kress c. Francia*<sup>598</sup>, rivelatrice secondo alcuni, «dei risultati perversi cui può condurre la volontà della Corte CEDU di ridurre i potenziali conflitti con la Corte CE»<sup>599</sup>. Il caso concerneva il diritto della ricorrente, Sig. ra *Kress*, di ottenere una copia delle conclusioni del Commissario del Governo prima dell'udienza dinanzi al Consiglio di Stato francese, al fine di replicarvi in udienza. *Mutatis mutandis*, il caso evocava non solo una serie di questioni simili già affrontate dalla Corte in materia penale<sup>600</sup>, ma anche l'analogo caso presentatosi dinanzi al Giudice comunitario in

---

<sup>595</sup> Sentenza *Pellegrin v. Francia*, par. 66. Nel medesimo paragrafo la Corte afferma inoltre che « un esempio palese di questo tipo di attività sono le forze armate e la polizia. In pratica la Corte esaminerà in ciascun caso di specie se i compiti del ricorrente implicano, tenuto conto della natura delle sue funzioni e delle sue responsabilità, una partecipazione diretta o indiretta all'esercizio di poteri pubblici e alle funzioni di salvaguardia degli interessi generali dello Stato e delle altre pubbliche collettività» Segue poi un riferimento esplicito alla giurisprudenza della Corte di giustizia: «A tale scopo la Corte prenderà in considerazione, a titolo indicativo, le categorie di attività e di impieghi elencati dalla Commissione europea nella comunicazione del 18 marzo 1988 e dalla Corte di giustizia delle Comunità europee» (par. 41 e 42).

<sup>596</sup> Così DOUGLAS-SCOTT, *A tale of two Courts*, op. cit., p. 642: «not only does this judgment provide a unified concept of "public service" throughout the Eu and the Council of Europe, but it prevents the over-legalization of disputes involving core civil servants such as police and armed forces, while protecting others such as nurses, teachers and office workers».

<sup>597</sup> BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo*, op. cit., p. 85; SONALGLIOLINI A., Giusto processo, pubblico impiego diritto europeo: fine delle incertezze?, in *Il Corriere Giuridico (Ipsoa)*, n. 3/2000, p. 304 ss.; FOCARELLI C., *L'applicabilità del diritto all'equo processo al pubblico impiego: il caso Pellegrin*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 770 ss.

<sup>598</sup> Sentenza 7 giugno 2001, *Kress c. Francia*, in *Racc.*, 2001-IV, p. 41 ss. Per un commento della sentenza si veda in part. F. BENOIT-ROHMER, *Le commissarie du gouvernement auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable*, in *Revue trimestrielle de droit européenne*, 2001, p. 727 ss. Per amore di completezza si rinvia anche alla decisione di irricevibilità nel ricorso G.L. e S.L. c. Francia, in cui la Corte europea ha affrontato ulteriori aspetti della questione (ricorso n. 58811/00, decisione del 6 marzo 2003, sommariamente pubblicata in *Racc.*, 2003-III, p. 307/325).

<sup>599</sup> BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo*, op. cit., pp. 85 ss.

<sup>600</sup> I casi in questione riguardavano in particolare il ruolo dell'avvocato generale o del procuratore supremo di fronte alla corte di Cassazione o alla Corte suprema in Belgio, nei Paesi Bassi e in Portogallo: cfr. sentenze *Borgers c. Belgio* 30 settembre 1991, Serie A n. 214-B; *Vermeulen c. Belgio* del 20

merito al diritto di replicare alle conclusioni dell'avvocato generale nell'ambito della procedura innanzi alla Corte Ce<sup>601</sup>. Rispetto a questo problema i due giudici avevano assunto posizioni discordanti: mentre la Corte di Strasburgo aveva riconosciuto un diritto di replica a tutti i pareri presentati da soggetti istituzionali in grado di influenzare i giudizi finali delle Corti, considerandolo alla stregua di un corollario del principio della "parità delle armi nel processo" garantito dall'articolo 6 CEDU, la Corte di giustizia aveva, per converso, escluso l'applicazione di una simile giurisprudenza alle conclusioni della avvocato generale all'interno dei propri procedimenti<sup>602</sup>. Nella sentenza *Kress*, la Corte di Strasburgo, modificando il proprio orientamento giurisprudenziale e, in sostanza aderendo al precedente comunitario, ha escluso la sussistenza di una violazione dell'art. 6 Cedu in considerazione anche del carattere di giurisdizione amministrativa (e non penale, come viceversa era stato nei casi decisi in precedenza) del Consiglio di Stato.

Il *revirement* operato dalla Corte europea è stato definito da una parte della dottrina come una «svolta epocale»<sup>603</sup>, quantunque non positiva, nei rapporti tra i due Giudici sopranazionali: mentre infatti, come si è visto, nel caso *Niemietz c. Germania* la Corte non ha mancato di contraddire la posizione assunta dalla Corte Ce nel caso *Hoechts AG* in materia di applicabilità dell'art. 8 CEDU ai locali commerciali, la sentenza *Kress* «sembra evidenziare una tendenza ad appianare i possibili contrasti»<sup>604</sup>, sebbene ad un costo eccessivamente elevato, vale a dire «la rinuncia ad innalzare il livello di tutela»<sup>605</sup>. Altra parte della dottrina, verso la quale chi scrive esprime il proprio *favor*, ha sottolineato che a prescindere dall'effetto perverso che un tale allineamento di orientamenti giurisprudenziali è in grado di produrre, effetto tra l'altro non

---

febbraio 1996, in Racc. , 1996-I, p. 224 ss. ; *Van Orshoven c. Belgio* del 25 giugno 1997, in Racc. , 1997-III, p. 1039 ss.; *J. J. c. Paesi Bassi* del 27 marzo 1998, in Racc. , 1998- II, p. 603 ss. ; K.D.B. c. Paesi Bassi del 27 marzo 1998, in Racc. , 1998 – II, p. 620 ss. ; *Lobo Machando c. Portogallo* del 20 febbraio 1996, in Racc., 1996 – I, p. 195 ss. In tutti i citati casi la Corte

<sup>601</sup> Nell'ordinanza *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Aruba* (questione pregiudiziale), causa C-17/98, 4 febbraio 2000, in Racc., I-2000, pp. 665 ss., in part. 670-673.

<sup>602</sup> Nell'ordinanza citata, la Corte precisa che la nota giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non poteva essere applicata alle conclusioni dell'avvocato generale nell'ambito dei propri procedimenti, stante la loro natura di «opinioni individuali, motivate ed espresse pubblicamente, provenienti da un membro dell'istituzione stessa, il quale partecipa pubblicamente e personalmente al processo di elaborazione della decisione giudiziaria e, di conseguenza, all'esercizio della funzione giurisdizionale affidata alla Corte CE, tant'è che le sue conclusioni sono pubblicate insieme alle sentenze della Corte Ce» (punti 14-16).

<sup>603</sup> BULTRINI A., *La pluralità di meccanismi di tutela*, op. cit., p. 87.

<sup>604</sup> *Ibidem*.

<sup>605</sup> *Ibidem*.

generalizzabile a tutti i casi in cui si è assistito ad un mutuale rinvio dei due giudici sovranazionali, ciò che sembra inconfutabile è che dopo un ventennio (anni '70 - '90) di totale indifferenza tra le due Corti, sul finire degli anni novanta queste hanno inaugurano «una tendenza a ridurre le proprie divergenze interpretative»<sup>606</sup>, omogeneizzando il più possibile lo standard di tutela: insomma, «due Corti uno standard»<sup>607</sup>.

### III.3 Dal dialogo all'integrazione fra sistemi

La progressiva ed irta evoluzione dei rapporti tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo ha condotto ad un inevitabile intreccio tra il sistema convenzionale ed il sistema comunitario di protezione dei diritti dell'uomo. Una prima conferma della «cross-fertilisation»<sup>608</sup> tra i due sistemi giuridici in parola, si è avuta con la sentenza *Hornsby* 1997<sup>609</sup>. Il caso ha coinvolto, a diverso titolo ed in tempi diversi, la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo, senza tuttavia originare problemi di sovrapposizioni funzionali tra le stesse. La controversia sorta tra i coniugi britannici Hornsby e le autorità greche, in seguito al diniego da parte di queste ultime ai primi dell'autorizzazione ad aprire una scuola privata di lingue (*frontistrion*) in quanto privi della cittadinanza greca, è giunta in prima battuta dinanzi alla Commissione europea la quale ha avviato una procedura di infrazione contro la Grecia, portando, infine, il caso di fronte alla Corte di giustizia. Il giudice comunitario ha prontamente condannato la condotta delle autorità greche in quanto manifestamente contraria agli artt. 52 e 59 TCE<sup>610</sup>. Le autorità greche, dal canto loro, nonostante la tempestiva adesione della Suprema Corte amministrativa greca alla sentenza della Corte, hanno provveduto ad adeguare la legislazione interna con notevole ritardo, consentendo l'apertura di *frontistrion* solo cinque anni dopo la pronuncia. In ragione di ciò, i

---

<sup>606</sup> GENNUSA M. E., *La Cedu e l'Unione Europea*, op. cit., p.124. In linea con la posizione dell'Autrice, tra gli altri, SIMON D., *Des influences reciproques entre CJCE et CEDH*, op. cit., p. 41. L'Autore parla di «*rapprochement asymptotiques*» delle due Corti, di «*osmose délibérée*» sottolineando, tuttavia, che non si può realisticamente parlare di un «*barmonie euphorique*» poiché immutati permangono i rischi derivanti dalla loro coesistenza in assenza di raccordi formali.

<sup>607</sup> *Ibidem*.

<sup>608</sup> SCHEECK L., *Solving Europe's binary human rights puzzle*, op. cit., p. 37.

<sup>609</sup> Sentenza 19 marzo 1997, *Hornsby v. Grecia*, in *Racc. 1997-II*, pp. 510-511.

<sup>610</sup> Sentenza 15 marzo 1988, *Commissione v. Repubblica ellenica*, causa 147/1986.

cittadini britannici hanno adito la Corte europea lamentando la violazione da parte della Repubblica ellenica dell'art. 6, comma 1 della CEDU. Il giudice europeo non ha esitato a condannare le autorità greche affermando, in particolare, che: «astenendosi per più di cinque anni dall'adottare le misure necessarie per adeguarsi a una sentenza definitiva e dotata di effetti esecutivi, nel presente caso le autorità greche hanno privato le previsioni dell'art. 6, par. 1 Cedu di tutto il loro effetto utile» (punto 45). Se da un canto la sentenza in questione non risulta particolarmente rilevante in termini di rapporto tra le due giurisdizioni sopranazionali, poiché non si crea alcun contatto tra le due Corti né tanto meno il rischio di sovrapposizioni funzionali tra le stesse giacché il giudizio dinanzi alla Corte di giustizia era incentrato sull'inadempimento da parte della Grecia di un obbligo comunitario e quello dinanzi alla Corte dei diritti sul suo mancato adeguamento ad una sentenza della Suprema Corte amministrativa nazionale; dall'altro, essa offre un esempio calzante della permeabilità e del conseguente intreccio tra i due sistemi di tutela dei diritti dell'uomo: la violazione di una libertà comunitaria ha causato, seppur indirettamente, la lesione di un diritto garantito dalla Convenzione.

La sentenza *Hornsby* ha costituito, inoltre, un importante avamposto di altre due rilevanti pronunce della Corte di Strasburgo: la sentenza *S. A. Dangeville* del 2002<sup>611</sup> e la *S. A. Cabinet Diot* del 2003<sup>612</sup> nelle quali il mancato rispetto del diritto comunitario diviene la ragione primaria della condanna dello Stato francese da parte della Corte europea. In entrambe le sentenze le ricorrenti lamentavano la presunta violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 CEDU causata dalla mancata trasposizione nell'ordinamento francese della direttiva comunitaria n. 77/388 (nota come "Sesta direttiva") avente ad oggetto l'esenzione dal pagamento dell'Iva delle attività di mediazione assicurativa. Le autorità governative e giudiziarie (in specie il Consiglio di Stato) francesi non solo non avevano provveduto alla trasposizione della direttiva ma ne avevano anche negato l'efficacia diretta, respingendo pertanto le richieste delle ricorrenti delle somme versate indebitamente in ossequio alla normativa nazionale. La Corte europea, assumendo le vesti di "giudice comunitario" non solo ha accolto il ricorso ma ha anche condannato la Francia per la violazione dell'art. 1 del protocollo n. 1 CEDU. Non sembra superfluo evocare la ratio cui la Corte si è informata per

---

<sup>611</sup> Sentenza 16 aprile 2002, *S. A. Dangeville v. Francia*.

<sup>612</sup> Sentenza 22 luglio 2003, *S. A. Cabinet Diot et S.A.Gras Savoye v. Francia*.

decidere i casi in questione. Il giudice di Strasburgo, recependo i principi del primato del diritto comunitario e dell'effetto diretto delle direttive come elaborati dalla Corte di giustizia (alla cui giurisprudenza rinvia puntualmente nell'ambito delle sentenze), ha considerato il contenuto della direttiva assimilabile ad uno dei possibili corollari del diritto di proprietà garantito dall'articolo 1 del Protocollo n. 1<sup>613</sup>. Pertanto, la Corte europea al fine di garantire la tutela dei diritti convenzionali, in tal caso derivanti da una direttiva comunitaria non trasposta in violazione degli obblighi comunitari, assurge al contempo a garante di questi ultimi<sup>614</sup>.

L'esistenza di un inestricabile «nodo gordiano»<sup>615</sup> tra il sistema Cedu ed il sistema comunitario di tutela dei diritti fondamentali è stata di recente confermata da un'altra sentenza della Corte di Strasburgo: la sentenza *Aristimuño Mrndizabal* del 2006<sup>616</sup>. Il caso, originato da un ricorso di un cittadina spagnola contro la Francia, ritenuta responsabile di aver violato l'articolo 8 della CEDU per non averle rilasciato entro il termine dovuto il titolo di lungo soggiorno, è stato risolto dalla Corte europea attraverso il prisma dello specifico status di «cittadina comunitaria» della vittima. Le argomentazioni della corte rendono, infatti, le mosse dalle seguenti constatazioni: «la Convenzione non garantisce il diritto di un individuo di fare ingresso o di risiedere in uno Stato di cui non è cittadino, (poiché) gli Stati contraenti hanno il diritto di controllare, in virtù di un consolidato principio di diritto internazionale, l'ingresso, il soggiorno e l'allontanamento dei non cittadini» (punto 65), «la Corte tuttavia ritiene che, nella presente richiesta, sia necessario adottare un approccio differente, proprio in considerazione della specifica condizione comunitaria della vittima della presunta violazione» (punto 66). Conseguentemente, il giudice di Strasburgo ha proceduto ad interpretare l'articolo 8 CEDU «alla luce del diritto comunitario e in particolare degli obblighi imposti agli Stati membri quanto al diritto di ingresso e di soggiorno dei cittadini comunitari» (punto 69) concludendo che: «date queste condizioni il ritardo

---

<sup>613</sup> MARIN L. ha osservato in merito che nell'ottica della Corte europea «il diritto comunitario conferisce ai singoli dei diritti allo stesso modo in cui crea doveri: gli Stati non possono misconoscere i diritti che l'ordinamento comunitario conferisce loro, per il motivo che la Corte di giustizia ha reinterpretato il concetto dell'effetto diretto proprio del diritto internazionale classico, nella duplice lettura di sanzione nei confronti degli Stati inadempienti, ma allo stesso modo di arricchimento del patrimonio giuridico dei singoli», in ID, *La Corte di Strasburgo garante del diritto comunitario, Quaderni costituzionali*, 2003, p. 856.

<sup>614</sup> SCHEEK L. ha affermato che: «*whereas Strasbourg has partly annexed the EU, it also feels responsible for controlling the EU member states neglect to apply EU law, thus removing the implementation and coherence of european law*» in *Solving the Europe's binary puzzle*, op. cit., p. 36.

<sup>615</sup> *Ibidem*, p. 40; l'A. definisce le Corti: «*entwined into a "Gordian Knot"*».

<sup>616</sup> Sentenza 17 gennaio 2006, *Aristimuño Mendizabal v. Francia*.



di più di quattordici giorni da parte delle autorità francesi per rilasciare un titolo di soggiorno alla ricorrente non è stato previsto dalla legge, sia la legge in questione francese o comunitaria, e che si è dunque verificata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione, senza che sia necessario esaminare le altre condizioni poste dall'articolo 8, par. 2 CEDU» (punto 69). Il diritto dell'Unione finisce, dunque, per riempire di significato concreto le decisioni della stessa Convenzione, a tal punto che in dottrina si è osservato che la Corte sembrerebbe «considerare il diritto dell'Unione Europea quasi alla stessa stregua del diritto degli Stati che hanno formalmente aderito alla Convenzione».

Ulteriore esempio di *intégration douce* tra il sistema CEDU ed il sistema comunitario di tutela dei diritti dell'uomo per il tramite delle rispettive istanze giudiziarie è rappresentato dalla «*cross-fertilisation*»<sup>617</sup> promossa dalle due Corti in materia di riconoscimento dei transessuali inglesi a contrarre matrimonio. Nella sentenza *Goodwin*<sup>618</sup>, il giudice europeo ha deciso di condannare per la prima volta il Regno Unito per la lesione dell'articolo 12 della CEDU, relativo al diritto di sposarsi e fondare una famiglia, fornendo una nuova interpretazione della norma in parola, principalmente ispirata alla giurisprudenza della Corte comunitaria e alla Carta di Nizza. Infatti il Giudice di Strasburgo ha rivoluzionato la sua precedente visione in materia, giungendo ad affermare che «il criterio del sesso biologico quale discriminante per il godimento del diritto a sposarsi sta gradatamente perdendo terreno» (punto 100), richiamando a sostegno della propria conclusione non solo la sentenza *P. v. S* della Corte di giustizia ma anche l'articolo 9 della Carta di Nizza di portata più ampia rispetto al tenore testuale dell'articolo 12 CEDU in quanto privo di espresso riferimento al sesso dei potenziali coniugi. La Carta dei diritti dell'Unione europea finisce, dunque, col diventare uno strumento interpretativo della Convenzione, in quanto documento più moderno e maggiormente espressivo dell'*humus* sociale e culturale congiunturale.

Il primo esempio, in ordine cronologico, è costituito dal caso “*Koua Poirrez*”, deciso dalla Corte di Strasburgo con sentenza del 30.9.2003<sup>619</sup>. Il Signor Ettien Laurent Koua Poirrez, di nazionalità ivoriana ed handicappato fisico, era stato adottato da un cittadino francese, il Signor Bernard Poirrez, ma non aveva potuto avere la

---

<sup>617</sup> SCHEECK L., *Solvins Europe's binary human rights puzzle*, op. cit., p. 37.

<sup>618</sup> Sentenza 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, in Racc., p. 538

<sup>619</sup> Sentenza “*Koua Poirrez c. Francia*” (R. n. 40892/98) del 30.9.2003.

cittadinanza francese perché già in età adulta. Nel 1990 egli chiese il sussidio previsto dalla legge francese per gli adulti handicappati. Il sussidio gli venne negato dall'Amministrazione a causa della sua nazionalità ivoriana. A seguito di un ricorso giurisdizionale, il giudice francese inviò alla Corte di Lussemburgo una questione pregiudiziale circa la conformità al diritto comunitario della legge francese che negava il sussidio ad una persona adottata da un cittadino francese e con lui convivente. La Corte di Lussemburgo, con la sentenza “*Koua Poirrez*” del 16.12.1992<sup>620</sup>, dichiarò inapplicabile al caso il diritto comunitario, perché il padre del Signor Koua Poirrez non aveva la qualità di “lavoratore emigrante”, categoria alla quale soltanto si applicavano le norme comunitarie invocate (in particolare quelle relative alla libertà di circolazione delle persone: art. 39 TCE<sup>621</sup>).

A seguito di tale sentenza, tutti i giudici francesi successivamente aditi respinsero la richiesta di sussidio. Infine, nel 1998 il Signor Koua Poirrez propone ricorso a Strasburgo contro lo Stato francese. Con la sentenza già citata del 30.9.2003 (ben 13 anni dopo il primo ricorso innanzi all'Autorità francese) la Corte di Strasburgo ha dichiarato che il diniego del sussidio costituiva violazione dell'articolo 14 della CEDU (divieto di discriminazione) combinato con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà).

Il Presidente della Corte di Strasburgo (Luzius Wildhaber), nel discorso inaugurale dell'anno giudiziario del 22.1.2004<sup>622</sup>, ha richiamato il caso “*Koua Poirrez*” come un esempio significativo della complessità, ma anche della “complementarietà” dei tre livelli di protezione dei diritti in Europa (nazionale, comunitario e CEDU). Il Presidente ha altresì osservato che la Corte di Lussemburgo non aveva potuto non dichiarare l'inapplicabilità del diritto comunitario ai fatti di causa, ma che se il diritto comunitario non era in grado di eliminare la discriminazione, alla fine il sistema multilivello di protezione dei diritti era stato in grado di eliminare la discriminazione nella sede di Strasburgo: dunque, come si diceva, si tratta di un esempio di complementarietà e di sinergia fra le due Corti.

Per completezza, ricordo anche che il Presidente Wildhaber ha però recriminato il fatto che non siano state direttamente le giurisdizioni nazionali ad applicare (come

---

<sup>620</sup> Sentenza “*Koua Poirrez*” (C-206/91) del 16.12.1992.

<sup>621</sup> Art. 45 della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

<sup>622</sup> Lo si può leggere nel sito internet «[www.echr.coe.int/Fr/Discours](http://www.echr.coe.int/Fr/Discours)».

potevano) le norme della CEDU, così evitando al Signor Koua Poirrez 13 anni di attesa per ottenere il riconoscimento del suo diritto al sussidio (ma viene da chiedersi se, tra le righe, la critica non fosse rivolta anche alla Corte di Lussemburgo, posto che anch'essa applica i principi della CEDU!).

A distanza di poco meno di due anni, la Corte di Lussemburgo nel caso *K.B.*<sup>623</sup> si è addentrata, per la prima volta, a sindacare nel merito la legislazione nazionale britannica sul matrimonio, ritenendo applicabile il divieto di discriminazione di cui all'articolo 141 TCE non solo al godimento diretto dei diritti garantiti dal trattato, ma anche ai loro presupposti: nel caso di specie al matrimonio fra due transessuali, requisito necessario «a che uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro». L'intervento della Corte di giustizia a tutela dei diritti fondamentali nel caso in questione è risultato alquanto peculiare dal momento che il Regno Unito con la misura controversa in materia di pensioni di irreversibilità non stava né applicando disposizioni comunitarie in materia di diritti fondamentali, né tanto implementando un atto comunitario. Il giudice di Lussemburgo, accettando la giurisdizione e decidendo a favore dell'interessato, sembra aver agito *ultra vires* rispetto alle competenze attribuitegli dal trattato, ampliando la propria sfera di cognizione «ben oltre il naturale confronto tra la normativa nazionale e quella comunitaria»<sup>624</sup>. Al fine di corroborare la sua posizione, la Corte ha effettuato un rinvio esplicito alla sentenza *Goodwin* della Corte europea: «Occorre ricordare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha giudicato che l'impossibilità per un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del sesso al quale egli apparteneva prima dell'operazione di cambiamento di sesso, dipende dal fatto che, relativamente allo stato civile, essi appartengono allo stesso sesso, dato che la normativa del Regno Unito non permette il riconoscimento giuridico della sua nuova identità sessuale, e ciò costituisce una violazione del suo diritto di contrarre matrimonio ai sensi dell'art. 12 della CEDU» (punto 33). I casi sin qui esaminati costituiscono una testimonianza del continuo *feedback* tra le Corti e della reciproca *voluntas* di accrescere i legami, le interazioni e le interdipendenze tra i rispettivi sistemi giuridici.

---

<sup>623</sup> Sentenza 7 gennaio 2004, *K. B. v. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, causa C-117/2001.

<sup>624</sup> VIOLINI L., *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 415.

### III.3.1 L'integrazione *de facto* nel seguito della sentenza *Matthews*

Come più sopra esplicitato<sup>625</sup>, il caso *Matthews* del 1999 ha costituito la prima ipotesi di parziale interferenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel "dominio riservato" dell'ordinamento giuridico comunitario. Tale pronuncia ha assunto una peculiare rilevanza con riferimento al rapporto tra i due sistemi di tutela non solo per il merito delle conclusioni cui il Giudice di Strasburgo è pervenuto in quell'occasione, ma anche per i *suivi* che essa ha prodotto nell'Unione Europea. Nel 2004, infatti, la Corte di giustizia è stata chiamata a verificare la compatibilità con il diritto comunitario del "seguito" della sentenza della Corte Edu: la compatibilità, cioè, delle misure adottate dal Regno Unito, in particolare dello *European Parliament Representation Act* (EPRA) del 2003, in ottemperanza alla pronuncia della Corte europea.

L'intervento del giudice comunitario è stato originato da un ricorso per inadempimento promosso dalla Spagna avverso l'EPRA britannico ritenuto al contempo lesivo delle norme del Trattato in materia di cittadinanza europea, per aver concesso l'elettorato attivo anche ai c.d. *Qualifying Commonwealth citizens (QCC)*<sup>626</sup> e, contrario all'Atto sulle elezioni del Parlamento europeo del 1976, per aver inquadrato il territorio di Gibilterra (e non esclusivamente i suoi elettori) in una preesistente circoscrizione elettorale del Regno Unito<sup>627</sup>. La Corte di giustizia, nel settembre 2006<sup>628</sup> ha respinto il ricorso promosso dalla Spagna rigettando entrambi le censure da essa avanzate. Quanto al primo motivo di ricorso, la Corte ha osservato che: «allo stato attuale del diritto comunitario, la determinazione dei titolari del diritto di voto attivo e passivo per le elezioni del Parlamento europeo rientra nella competenza di ciascuno Stato membro, nel rispetto del diritto comunitario, e gli articoli 189/Ce, 190/Ce, 17/Ce e 19/Ce non si oppongono a che gli Stati membri concedano un tale diritto di voto attivo e passivo a determinate persone che possiedono stretti legami con essi, pur non essendo loro cittadini o cittadini dell'Unione residenti sul loro

---

<sup>625</sup> Cfr. par. III.2.1 del presente capitolo.

<sup>626</sup> Ovverosia cittadini di Stati del *Commonwealth* che soddisfano particolari condizioni.

<sup>627</sup> Occorre precisare che l'Atto in questione, ha recepito il principio di diritto internazionale formalizzato dalla risoluzione ONU n. 2625/1970, in base al quale «*il territorio di una colonia dovrebbe possedere uno status separato e distinto da quello del territorio dello Stato che lo amministra*».

<sup>628</sup> Sentenza 12 settembre 2006, *Regno di Spagna v. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, causa C-145/2004, in *Racc.*, I-7917.

territorio» (punto 78), in ragione di ciò «[...]il Regno Unito ha scelto di concedere il diritto di voto attivo e passivo ai QCC in possesso di condizioni che indichino un legame specifico con il territorio per il quale le elezioni sono organizzate» (punto 79). Quanto al secondo motivo di ricorso, la Corte ha preliminarmente ribadito che: «il Regno Unito ha adottato la normativa contestata dal Regno di Spagna per conformarsi alla citata sentenza *Matthews c. Regno Unito*» (punto 90) e, successivamente ha affermato che l'inquadramento del territorio di Gibilterra in una propria circoscrizione costituiva l'unica modalità per garantire agli elettori lì residenti la possibilità di partecipare alle elezioni per il Parlamento europeo alle stesse condizioni degli elettori britannici residenti nel Regno Unito. Inoltre, «da trasposizione al territorio di Gibilterra della normativa del Regno Unito può essere tanto meno contestata in quanto, come risulta dal punto 59 della citata sentenza *Matthews*, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha rilevato nello status di Gibilterra, alcun elemento che indichi l'esistenza di esigenze locali di cui sarebbe necessario tener conto, ai sensi dell'articolo 56, par. 3 CEDU, per l'applicazione di tale Convenzione a un territorio del quale uno Stato contraente gestisce le relazioni internazionali. Per tutte le ragioni citate, si deve constatare che anche il secondo motivo del Regno di Spagna è infondato» (punto 96) .

La pronuncia in discorso, al di là dell'interesse che ha suscitato con riguardo al concetto di cittadinanza europea, ai fini dell'oggetto del presente lavoro, sembra rilevare soprattutto per altri due aspetti: da una parte per la fermezza con cui la Corte di Lussemburgo ha sottolineato la cogenza dell'obbligo di adeguarsi alla sentenza precedente della Corte di Strasburgo, dall'altro per la *ratio* cui la Corte si è informata per decidere nel merito il ricorso sollevato. Sotto il primo profilo occorre sottolineare che non solo la Corte ha effettuato costanti richiami alla imperatività della decisione del giudice europeo<sup>629</sup>, ma un' enfasi particolare in tal senso si trova anche nelle conclusioni della avvocato generale A. Tizzano dell' aprile 2006, il quale dopo aver affermato l'irrefutabile esigenza di rispettare i diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario, sottolinea:

«devo aggiungere che ciò che è particolarmente vero nel caso di specie, visto che qui si parte da una pronuncia della Corte di Strasburgo, che ha affrontato proprio la questione del diritto di voto al Parlamento europeo con riguardo allo status di

---

<sup>629</sup> Cfr. in particolare i punti 60, 86, 56-59 e 113-118 della sentenza in questione.

Gibilterra ed ha accertato una violazione della Convenzione derivante dall'allegato dell'Atto del 1976, che il Regno Unito ha sottoscritto e consistente nell'aver privato una cittadina britannica nella sua qualità di residente a Gibilterra di ogni possibilità di esprimere la sua opinione sulla scelta dei membri del Parlamento europeo. Di conseguenza, il Regno Unito non solo non poteva, ma era tenuto ad adottare tutte le misure necessarie per garantire il pieno ed effettivo rispetto di quel fondamentale diritto»<sup>630</sup>. Sembra potersi concludere che la Corte di Giustizia, nel valutare la compatibilità di una misura nazionale con il diritto comunitario attraverso il prisma della giurisprudenza di Strasburgo, abbia manifestato l'intenzione di voler dare seguito alla cooperazione istituzionale con la Corte europea dei diritti dell'uomo iniziata sul finire degli anni novanta. Un'ulteriore conferma del costante dialogo tra le due giurisdizioni si è avuto con la sentenza *Bosphorus* del 2005.

### III.3.2 «Prove tecniche»<sup>631</sup> di adesione dell'Unione europea alla CEDU: il caso *Bosphorus*

A sei anni di distanza dalla celebre e discussa sentenza *Matthews*, la Corte europea dei diritti dell'uomo è tornata ad occuparsi della sindacabilità ai sensi della CEDU degli atti promananti dall'ordinamento comunitario nel caso *Bosphorus*. Apertosi nel 1993, a seguito del sequestro di un aeromobile jugoslavo, in sosta per manutenzione all'aeroporto di Dublino, disposto dal Ministero dei trasporti irlandese in ottemperanza all'art. 8 del regolamento comunitario n. 990/1993 che dava esecuzione alla risoluzione Onu n. 820/1993 contenente misure sanzionatorie contro la ex Jugoslavia, e chiusosi con una pronuncia della Corte europea dei diritti nel giugno 2005, il caso in discorso ha coinvolto ben tre istanze giudiziarie: i giudici irlandesi, la Corte di Lussemburgo e, infine la Corte di Strasburgo. La peculiarità del caso consisteva nel fatto che l'aeromobile sequestrato era di proprietà jugoslava, ma la sua gestione era stata intermanete trasferita nelle mani della *Bosphorus Airways*, di nazionalità turca, attraverso un contratto di *dry lease* di durata

---

<sup>630</sup> Conclusioni dell'A.G. Tizzano del 6 aprile 2006, punti 122-123.

<sup>631</sup> Tale espressione è stata utilizzata da GENNUSA M. E., *La Cedu e l'Unione europea, op. cit.*, p. 136 la quale ha evidenziato come: «la sentenza *Bosphorus* costituisce una sorta di "prova tecnica" di annessione dell'Unione Europea alla Cedu, nell'attesa che l'art. I-9 del Trattato costituzionale – che ne dispone effettivamente l'adesione formale e che non a caso è puntualmente citato nella decisione in questione – entri infine in vigore».

quadriennale, stipulato prima dell'adozione di un tale regime sanzionatorio, in buona fede da entrambe le parti, e , soprattutto senza alcun intento elusivo e della risoluzione Onu e del regolamento comunitario. Conseguentemente, un tale sequestro, privo di indennizzo fu immediatamente contestato dalla vittima incolpevole per almeno due ragioni: da un canto esso fu considerato eccedente le finalità per cui le sanzioni erano state previste, vale a dire penalizzare la Repubblica federale di Jugoslavia e i suoi cittadini, in ragione delle loro reiterate violazioni della pace e della sicurezza internazionali; dall'altro esso fu reputato lesivo del diritto della vittima al pacifico godimento dei beni in suo possesso e all'esercizio di un'attività economica, come garantiti dall'articolo 1 del Protocollo n. 1. Cedu. Di qui il suo ricorso accolto alla Alta Corte di Dublino. Tuttavia, a seguito di un successivo ricorso esperito dal ministro dei trasporti che aveva ordinato il sequestro, la Suprema Corte irlandese, in quanto giudice di ultima istanza, ha sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia al fine di verificare il contenuto esatto del regolamento comunitario n. 990/1993 e accertarne l'applicabilità al caso di specie.

La Corte di giustizia di concerto con l'avvocato generale *Jacobs*<sup>632</sup>, basandosi su un'interpretazione rigorosamente letterale del regolamento in discorso, hanno espresso il loro *placet vis-à-vis* di quella seguita dal ministro dei trasporti nel disporre il sequestro, attestando implicitamente la legittimità della misura sanzionatoria adottata in concreto. In particolare, il giudice comunitario ha considerato il sequestro non inadeguato né sproporzionato alla luce dei rilevanti interessi pubblici tutelati mediante l'adozione della misura in questione (punto 26). Corre l'obbligo di puntualizzare che il test di proporzionalità effettuato dalla Corte di giustizia nel caso di specie, consistente nel bilanciamento fra garanzia dei diritti fondamentali e impellenti interessi pubblici, è stato tacciato dalla dottrina di superficialità, a tal punto che la decisione del Giudice è stata considerata alla stregua di una sostanziale resa della Corte e dei suoi diritti alle imperative esigenze della politica e delle sue scelte<sup>633</sup>. La Corte suprema irlandese, a seguito di tale decisione comunitaria confermò definitivamente l'operatività del regolamento comunitario n. 990/1993 e, dunque la validità del sequestro effettuato dal Ministero dei trasporti. L'ultima via giudiziaria

---

<sup>632</sup> Sentenza 30 luglio 1996, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v. Minister for Transport, Energy and Communications et al.*, causa C-84/1995, in *Racc.* 1996, I-3953.

<sup>633</sup> Cfr. CANOR I., «*Can two walk together, except they be agreed?*». *The relationship between international law and European law: the incorporation of United Nations sanctions against Yugoslavia into European community law through the perspective of the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1998, pp. 162-165.

percorribile dalla *Bosphorus* contro l'Irlanda era rappresentata dalla Corte europea di Strasburgo, cui la compagnia turca si è rivolta il 27 marzo 1997. La società ricorrente chiedeva alla Corte di sanzionare il comportamento delle autorità irlandesi poiché queste avrebbero attuato il regolamento comunitario in questione senza tenere conto delle peculiari circostanze del caso di specie, violando il diritto di proprietà così come tutelato dall'art. 1 del Protocollo n. 1 Cedu<sup>634</sup>. Inoltre, il fatto che le Corti irlandesi fossero obbligate a dare seguito alla pronuncia della Corte di Lussemburgo non dimostrerebbe, secondo la ricorrente, la natura vincolata del comportamento statale, ma sarebbe semmai un indizio dell'assenza di protezione equivalente tra il diritto comunitario e quello Cedu, dato che il giudice comunitario non si è potuto pronunciare su un ricorso diretto del privato. Rischio di *dédoublement fonctionnel*, per dirla con Douglas-Scott, tra Lussemburgo e Strasburgo?

Benché il caso in esame sia emblematico delle possibili sovrapposizioni funzionali tra i due giudici, poiché entrambe le Corti sono state adite una dopo l'altra sulla medesima questione con l'implicita possibilità per la seconda di esercitare un controllo indiretto sulla pronuncia fornita dalla prima, il giudice di Strasburgo ha scongiurato (non del tutto inaspettatamente!) un siffatto rischio allineandosi, attraverso un'articolata *ratio* decisionale, sulle posizioni del suo omologo di Lussemburgo.

La Corte dei diritti pronunciandosi solo nel giugno 2005<sup>635</sup>, stante la complessità del caso, ha, anzitutto, ritenuto il ricorso compatibile *ratione loci, personae e materiae* con le previsioni della Convenzione con la chiara consapevolezza dell'origine comunitaria della violazione; la misura oggetto del ricorso era, infatti un atto nazionale di mera esecuzione di un regolamento comunitario che, come è noto, non lascia alcun margine di discrezionalità agli Stati<sup>636</sup>. Se da un canto la posizione assunta dalla Corte di Strasburgo evoca il cammino intrapreso dalla stessa con la sentenza *Matthews* e,

---

<sup>634</sup> Secondo il par. 1 dell'art. 1 «ogni persona fisica o morale ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà salvo che per causa di utilità pubblica e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

<sup>635</sup> Sentenza 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Irlanda*, ric. 45036/98. In linea con tale pronuncia, si segnala una recente decisione della Corte di Strasburgo: sentenza 5 febbraio 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisseij U.A. v. the Neetherlands*. In tale pronuncia, la Corte ha re-enfaticizzato la dottrina della protezione equivalente dei diritti dell'uomo da parte dell'ordinamento giuridico comunitario, ritenendo il ricorso in questione, avente ad oggetto la lesione dell'articolo 6 della CEDU, infondato.

<sup>636</sup> La Corte ha affermato che la misura censurata «non costituisce il risultato dell'esercizio di potere discrezionale da parte delle autorità irlandesi [...] ma piuttosto è riconducibile al rispetto da parte dell'Irlanda dei suoi obblighi giuridici derivanti dal diritto comunitario» (punto 148).



sembra dunque suggerire l'intenzione del giudice dei diritti di estendere il suo sindacato sugli atti comunitari fino a coinvolgere anche il diritto derivato dell'Unione, il prosieguo della sentenza non si dimostra del tutto conseguente. Quando, infatti, la Corte procede all'esame nel merito della controversia verificando se l'operato delle autorità nazionali possa giustificarsi in ragione dell'adempimento di un obbligo comunitario e giudicando implicitamente l'adeguatezza del bilanciamento tra la limitazione subita dai diritti del ricorrente e il livello di tutela dei diritti generalmente assicurato dal sistema comunitario, richiama il principio della "protezione equivalente" fissato in precedenti pronunce ma elabora un test di giudizio maggiormente articolato di quanto fatto in passato.

In primo luogo essa afferma che «la misura statale adottata in ottemperanza a suddetti obblighi (vale a dire quelli comunitari) è giustificata fintantoché l'organizzazione in questione è ritenuta proteggere i diritti fondamentali [...] in un modo che può essere considerato almeno equivalente rispetto a quello assicurato dalla Convenzione. Per «equivalente» la Corte intende «comparabile»: ogni pretesa a che la tutela dell'organizzazione sia identica andrebbe contro l'interesse della cooperazione internazionale perseguita» (punto 155). Nonostante l'equivalenza terminologica, non sembra trattarsi di una mera rivisitazione della dottrina Solange della protezione equivalente enunciata dalla Commissione europea nella sentenza *MeoCo* del 1990, poiché la Corte ha aggiunto che un giudizio di equivalenza può essere in ogni momento messo in discussione alla luce delle modifiche subite da quel sistema di garanzia dei diritti (punto 155). Se in tal modo risulta adombrata per la prima volta la possibilità che la Corte europea possa appropriarsi de facto del controllo sugli atti nazionali di attuazione del diritto comunitario, il criterio di giudizio che la sentenza individua per giungere a dichiarare un eventuale "scadimento" del livello di tutela sembra riportare i giudici di Strasburgo su una linea di prudente *self restraint*: laddove si sia accertato che quella data organizzazione assicuri tale protezione equivalente, prosegue la Corte, si deve presumere che l'operato delle autorità statali sia conforme alla CEDU se esse non fanno altro che dare attuazione agli obblighi sopranazionali. In altri termini «una siffatta presunzione di equivalenza può essere confutata se, nelle circostanze di un caso particolare, si ritiene che la protezione dei diritti della Convenzione sia manifestamente insufficiente. In tali casi, l'interesse della cooperazione internazionale sarebbe

superato dal ruolo della Convenzione, quale “strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo”» (punto 156).

Nonostante il rilevante potere di controllo che la Corte sembra, in tal modo auto-attribuirsi, esso non risulta sfruttato nel caso di specie: la Corte di Strasburgo anzitutto, dopo aver preso atto dei progressi compiuti dalle istituzioni comunitarie quanto alla protezione dei diritti fondamentali, ad onta della ristrettezza delle vie di ricorso diretto riconosciute dai Trattati comunitari ai privati, giunge a conclusione che non solo l’Unione europea garantisce un livello di tutela dei diritti equivalente a quello della CEDU e che quindi l’Irlanda, nel caso di specie, ha agito conformemente ai suoi obblighi internazionali (punto 165) ma anche che dall’esame dei fatti di causa non emerge alcuna insufficienza manifesta nella protezione dei diritti della società ricorrente, rigettando in tal modo il ricorso.

Una sentenza, dunque, non solo contraddittoria ma anche deludente come hanno opinato alcuni giudici di Strasburgo, contrari alla pronuncia della Corte<sup>637</sup>. Le principali *défaillances* messe in evidenza concernono due aspetti fondamentali: la natura astratta del giudizio di equivalenza e l’assenza di un contenuto specifico dello stesso. Quanto al primo aspetto, si è osservato che nella sentenza in discorso, la Corte si è rifiutata di entrare nel merito del giudizio di equivalenza dato che né lo schema della presunzione, né tanto meno il requisito della manifesta insufficienza sembrano idonei a calare il giudizio dinnanzi ad essa all’altezza delle pretese fatte valere dal ricorrente. Quanto al secondo aspetto, la Corte non ha attribuito alcun contenuto specifico alla formula dell’insufficienza manifesta, a differenza di quanto fatto, ad esempio, dal *Bundesverfassungsgericht* a partire dalla sentenza *Solange II* con riferimento ai requisiti che le parti devono addurre per dimostrare lo “scadimento” del livello del sistema comunitario di tutela dei diritti rispetto a quanto garantito dal *Grundgesetz*. A tale proposito, il giudice *Ress* ha suggerito di erigere quale criterio guida per l’esame dell’insufficienza manifesta, il rispetto che la Corte di giustizia presterà in futuro ai precedenti della Corte di Strasburgo.

Altra parte della dottrina si è poi interrogata sulla portata della sentenza *Bosphorus* in relazione all’evoluzione del rapporto tra il sistema convenzionale e comunitario di tutela dei diritti fondamentali, tracciando due diverse piste di interpretazione.

---

<sup>637</sup> Si tratta in particolare di due articolate opinioni concorrenti: una dei giudici Rozakis, Tulkens, Traja, Botochaurova, Zagrebelsky e Garlicky, l’altra del giudice *Ress*.

Secondo alcuni<sup>638</sup>, nel caso in esame la Corte di Strasburgo avrebbe manifestato una maggiore deferenza nei confronti della Corte di Lussemburgo rispetto a quanto rinvenibile nella precedente sentenza *Matthews*. Tale posizione fa leva sul fatto che la Corte europea sembra adottare un doppio standard di tutela per verificare l'esistenza del requisito della "manifesta insufficienza": più rigido se essa giudica una misura nazionale di carattere puramente interno, meno intenso se valuta un atto di attuazione di diritto comunitario<sup>639</sup>. I rapporti tra la Corte di Strasburgo ed il suo omologo di Lussemburgo sarebbero così destinati ad evolversi attraverso il prisma della cooperazione piuttosto che in chiave di supremazia e di potere. *A contrario*, secondo altri, attraverso la sentenza *Bosphorus* la Corte di Strasburgo «attore esterno si è autoinvitata nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. La Corte dei diritti ha gestito l'operazione per portare l'Unione Europea esattamente dove voleva che fosse: cioè vincolata alla CEDU»<sup>640</sup>. La relazione tra i due Giudici europei risponderebbe, pertanto, ad una logica strettamente competitiva e gerarchica a vantaggio della Corte di Strasburgo.

A parere di chi scrive, la sentenza in questione non si presta ad incorniciare staticamente il rapporto tra le due Corti europee con linee orizzontali, emblema di cooperazione, piuttosto che verticali, simbolo di gerarchia. Allo stato, in assenza di una formale adesione dell'Unione europea alla CEDU, la pronuncia in discorso sembra costituire un compromesso congiunturale e transitorio tra l'esigenza dei due giudici di scongiurare il rischio di delegittimazione reciproca, insito nelle sovrapposizioni funzionali, nel conflitto di giudicati e nell'esistenza di zone franche di tutela, e la consapevolezza che l'unica "*actio finium regundorum*" pacifica e duratura tra le rispettive sfere di competenza è costituita dall'adesione. A conferma di ciò si può citare il conciso ma incisivo *incipit* dell'intervento del Giudice Ress che, come si è osservato ha espresso un'opinione discordante rispetto alla Corte in merito alla decisione da essa adottata nel caso in questione: «le présent arrêt [...] montre combien il importe, pour compléter le mécanisme de contrôle de la Convention, que l'Union adhère à la Convention européenne des Droits de l'Homme»<sup>641</sup>.

La sentenza *Bosphorus* potrebbe, dunque, configurarsi come una sorta di «prova

---

<sup>638</sup> In particolare si veda S. DOUGLAS-SCOTT in *Common Market Review*, 2006

<sup>639</sup> *Ibidem*, pp. 249 ss..

<sup>640</sup> SCHEECK L., *Solving Europe's binary human rights puzzle*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>641</sup> RESS G., sentenza *Bosphorus*, *op. cit.*.

tecnica»<sup>642</sup> dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione, senza la quale l'evoluzione dei rapporti tra i due principali poli giudiziari di protezione dei diritti fondamentali in Europa rischia di rimanere claudicante, circolare quantunque “forzatamente” cordiale, come testimoniano due recentissime pronunce rispettivamente della Corte di Giustizia e della Corte europea: la sentenza *Kadi e Al Barakaat Foundation* del 3 settembre 2008 e la sentenza *G.C. Demier e Baykara c. Turchia* del 12 novembre 2008.

Tali pronunce, rispettivamente della Grande Sezione della Corte di Giustizia e della Grande Camera della Corte europea, sembrano provare, a parere di chi scrive, la costante, seppur a volte forzata, evoluzione della politica integrata delle giurisdizioni europee in tema di diritti fondamentali: le pronunzie in questione esprimono posizioni forti delle due Corti, costruite attraverso reciproci richiami e «travasi di materiale normativo»<sup>643</sup> appartenente ai rispettivi ordinamenti giuridici.

### III.3.2.1 I casi *Kadi e Al Barakaat Foundation* e *Omar Mohammed Othman*

Nel caso *Kadi e Al Barakaat*<sup>644</sup> il Sig. Kadi e la Fondazione Al Barakaat International impugnarono, chiedendone l'annullamento, due sentenze del Tribunale di primo grado delle Comunità europee del 21 settembre 2005<sup>645</sup>. Dopo aver riunito i relativi procedimenti (C-402/05 P e C-415/05 P), infatti, il Tribunale aveva respinto i ricorsi proposti dal Sig. Kadi e dalla Fondazione contro il Consiglio e la Commissione per l'annullamento del regolamento n. 881/2002 che imponeva specifiche misure restrittive nei confronti di determinati soggetti associabili a Bin Laden, alla rete Al-Qaeda ed ai talebani. Risulta necessario evidenziare come il regolamento in questione fosse stato adottato dal Consiglio al fine di consentire all'Unione europea di conformarsi e dare attuazione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in materia di repressione del terrorismo internazionale suscettibili di tradursi in misure di applicazione individuale nei confronti dei soggetti presenti in appositi

---

<sup>642</sup> Cfr. la nota n. 631

<sup>643</sup> DEMURO G., *I rapporti fra Corti*, op. cit., p. 10.

<sup>644</sup> Cause riunite C-402/05 P & 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, judgement of the Grand Chamber*, 3 settembre 2008.

<sup>645</sup> Adottate rispettivamente nelle cause T-315/01, *Kadi/Consiglio e Commissione* e T-306/01, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*.

elenchi predisposti dal Comitato per le sanzioni, organo *ad hoc* istituito del Consiglio di Sicurezza<sup>646</sup>.

Le censure proposte dai ricorrenti, destinatari delle misure in questione, riguardavano sia la competenza del Consiglio all'adozione dell'atto che la violazione dei diritti fondamentali di proprietà e difesa, quest'ultimo sotto il duplice profilo del contraddittorio e del controllo giurisdizionale effettivo. Nello specifico, il diritto di proprietà si considerava leso in ragione del congelamento dei beni mentre la violazione del diritto alla difesa veniva ricondotta all'assenza di controllo giurisdizionale sulle misure comunitarie di attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU restrittive di alcuni diritti fondamentali per ragioni di sicurezza internazionale. Il Tribunale di primo grado, come già osservato, aveva respinto tutti i motivi di ricorso, reputando fondata la competenza del Consiglio all'adozione dell'atto impugnato e considerando immuni dal controllo giurisdizionale di legittimità le misure comunitarie di esecuzione di risoluzioni ONU, salvo per profili di compatibilità con lo *jus cogens*. Infatti, in ipotesi di contrasto con le norme imperative di diritto internazionale, una risoluzione sarebbe illegittima e, quindi non vincolante per gli Stati membri e per la Comunità europea. Non sembra superfluo effettuare due brevi rilievi critici della ratio decisionale del Tribunale: a chi scrive pare, anzitutto che il Tribunale abbia troppo frettolosamente declinato la propria competenza ad esaminare la legittimità del regolamento contestato limitandone la sindacabilità solo ai casi di contrasto con lo *jus cogens*, *a fortiori* se si considera che il Consiglio di sicurezza, al pari degli altri organi dell'ONU, è vincolato al rispetto della Carta, dei suoi fini (oltre che del diritto cogente) ed è indubbio che la tutela dei diritti fondamentali rientri tra i fini dell'organizzazione. Di conseguenza qualsiasi decisione del Consiglio, alla stregua di quella in discorso, che violi tali diritti, ovvero li comprima in maniera sproporzionata, sarebbe illegittima e non vincolante. Inoltre, se la sentenza del Tribunale di primo grado non fosse stata annullata dalla Corte di Giustizia, non

---

<sup>646</sup> In particolare, con la risoluzione 1333, del 20 dicembre 2000, il Consiglio di sicurezza ha incaricato il Comitato per le sanzioni contro i talebani (istituito con risoluzione 1267, del 15 ottobre 1999) di tenere un elenco aggiornato delle persone e entità da esso individuate come associate a Bin Laden. Il Consiglio ha adottato un primo regolamento, il regolamento n. 467/2001 il 6 marzo 2001, sul divieto di esportazione di talune merci e servizi in Afghanistan, sull'inasprimento del divieto dei voli e sull'estensione del congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie nei confronti dei talebani dell'Afghanistan, contenente in allegato l'elenco redatto dal Comitato ONU, nel quale figuravano i nomi dei ricorrenti Kadi e Al Barakaat. Tale regolamento è stato, successivamente modificato dal regolamento del Consiglio n. 881/2002, del 27 maggio 2002, oggetto del ricorso.

sarebbe stata peregrina l'ipotesi che la Corte europea dei diritti dell'uomo processasse gli Stati membri dell'Unione ed al contempo parti della CEDU per violazione dei diritti in essa contemplati (in particolare il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo e ad un giusto processo), in seguito all'esecuzione del regolamento comunitario attuativo della risoluzione ONU.

La sentenza della Corte di giustizia non solo ha annullato le decisioni del Tribunale di primo grado, rilevando in esse un errore di diritto laddove viene esclusa la competenza dei giudici comunitari a sindacare la legittimità dell'atto, ma ha anche reputato fondate le censure sollevate dai ricorrenti in merito alla violazione dei diritti alla difesa e di proprietà. Quanto alla prima questione, la pronuncia della Corte sembra suggerire una regola solutrice di possibili aporie legate al rapporto tra ordinamenti giuridici diversi ed, in particolare, relative alla sovrapposizione di finalità di tutela della sicurezza internazionale da un lato e garanzia dei diritti umani dall'altro. Il giudice comunitario è, anzitutto, giunto a rilevare l'errore di diritto di cui sopra attraverso il prisma del principio di legalità, esteso ai rapporti fra ordinamento internazionale e ordinamento comunitario: la Corte ha, infatti preliminarmente, affermato che «la Comunità è un Comunità di diritto nel senso che né i suoi Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta costituzionale fondamentale costituita dal Trattato CE e che quest'ultimo ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte il controllo di legittimità degli atti delle istituzioni (sentenze 23 aprile 1986, causa 294/83, Les Verts/Parlamento, Racc. 1339, punto 23)»<sup>647</sup>. Inoltre, secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza e a tal fine essa «si ispira alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU riveste a questo proposito un articolare significato»<sup>648</sup>; a ciò la Corte ha aggiunto che «il rispetto dei diritti dell'uomo rappresenta una condizione di legittimità degli atti comunitari».

Sulla base di siffatte premesse, la Corte ha concluso che «gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi

---

<sup>647</sup> Punto 281, sent. cit. alla nota 644.

<sup>648</sup> Punto 283 *ibidem*.

costituzionali del trattato Ce, tra i quali vi è il principio secondo cui gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso». Tuttavia, sembra opportuno precisare con le parole del giudice comunitario che «in un contesto quale quello di fattispecie, il controllo di legittimità che deve essere in tal modo garantito dal giudice comunitario abbia ad oggetto l'atto comunitario volto ad attuare l'accordo internazionale in questione, e non quest'ultimo in quanto tale»<sup>649</sup>. Non spetta, infatti, al giudice comunitario controllare la legittimità di una risoluzione ONU adottata sulla base del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, nemmeno con riferimento allo *jus cogens*; pertanto, «l'eventuale sentenza di un giudice comunitario con cui si stabilisce che un atto comunitario volto ad attuare una risoluzione siffatta è contrario a una norma superiore facente parte dell'ordinamento giuridico comunitario non rimetterebbe in discussione la prevalenza di tale risoluzione sul piano del diritto internazionale». Ciò nonostante, la prevalenza dell'atto di diritto internazionale non può tradursi in "immunità" dell'atto comunitario, elidendo la garanzia costituzionale comunitaria del controllo giurisdizionale di legittimità, derivante dal Trattato Ce. Né le disposizioni degli articoli 297 e 307 Ce possono, secondo la Corte, consentire deroghe ai principi di libertà, di democrazia nonché di rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sanciti dall'articolo 6, n. del TUE a fondamento dell'Unione. Il giudice comunitario se da un canto ha riconosciuto la prevalenza del diritto internazionale rispetto a quello comunitario, non ha mancato di relativizzarne la portata, affermando che «se ci fosse prevalenza dell'obbligo internazionale derivante dalla Carta ONU, tale primato si spigherebbe nei confronti del diritto derivato, ma non di quello primario come i diritti fondamentali»<sup>650</sup>. Il sopradescritto *iter* logico su cui si fonda la struttura argomentativa della Corte in merito alla sindacabilità del regolamento, ha consentito al giudice comunitario di entrare anche nel merito della controversia e di rilevare l'avvenuta violazione non solo dei diritti della difesa ma anche di quello di proprietà.

Quanto alle censure sollevate con riferimento al diritto al contraddittorio e al diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo, la Corte ha affermato che «in base ad una

---

<sup>649</sup> Punto 286, *ibidem*.

<sup>650</sup> Punto 305, *ibidem*.

giurisprudenza costante, il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU, principio che è stato peraltro ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000»<sup>651</sup>. Pertanto, ai soggetti destinatari delle misure stabilite dal regolamento controverso doveva tempestivamente essere comunicata la motivazione delle misure stesse per consentire l'esercizio del diritto ad un rimedio giurisdizionale. Sebbene, infatti, di fronte all'attuazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza finalizzata alla lotta al terrorismo «talune considerazioni imperative riguardanti la sicurezza o la conduzione delle relazioni internazionali della Comunità e dei suoi Stati membri possono ostare alla comunicazione agli interessati di taluni elementi e, pertanto, all'audizione degli stessi in merito a tali elementi»<sup>652</sup>, il giudice comunitario, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha il dovere di «attuare, nell'ambito del controllo giurisdizionale da esso esercitato, tecniche che consentano di conciliare, per un verso, le legittime preoccupazioni di sicurezza quanto alla natura delle fonti di informazione prese in considerazione nell'adottare l'atto di cui trattasi, per altro verso la necessità di concedere in maniera adeguata al singolo di beneficiare delle regole procedurali».

Sulla base di tali constatazioni, la Corte è giunta alla conclusione che il regolamento controverso, nella parte in cui riguardava i ricorrenti, poichè era stato adottato senza fornire loro alcuna garanzia in merito alla comunicazione degli elementi a loro carico e senza consentire che fossero sentiti al riguardo, costituiva una violazione dei diritti alla difesa e ad un ricorso giurisdizionale.

Passando, poi, a verificare la fondatezza della seconda censura relativa alla lesione del diritto di proprietà derivante dalle misure di congelamento imposte dal regolamento controverso, la Corte seguendo un iter decisionale articolato, si è avvalsa ancora una volta delle disposizioni normative della CEDU e della giurisprudenza del suo giudice per elaborare il proprio verdetto finale<sup>653</sup>.

La Corte di giustizia ha preliminarmente osservato che il diritto di proprietà costituisce parte integrante dei principi generali del diritto comunitario e, il suo contenuto deve essere stabilito sulla base «dell'articolo 1 del protocollo addizionale n.

---

<sup>651</sup> Punto 335, *ibidem*.

<sup>652</sup> Punto 342, *ibidem*.

<sup>653</sup> Punti 354-376 della sentenza della Corte di Giustizia in esame.



1 alla CEDU che sancisce tale diritto». A ciò il giudice comunitario ha aggiunto che il diritto in discorso non si configura come una prerogativa assoluta, bensì ha una portata “funzionale” rispetto ai bisogni della società: in altri termini l’esercizio del diritto di proprietà può subire restrizioni a condizione che le stesse rispondano ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano rispetto allo scopo prefissato un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti. Al fine di effettuare il “test di proporzionalità” con riferimento al regolamento controverso e verificare, dunque, se la misura di congelamento da esso prevista rappresenti o meno un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa del diritto di proprietà del Sig. Kadi, la Corte si è avvalsa della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo<sup>654</sup>: in base a tale giurisprudenza, occorre verificare se sia stato mantenuto l’equilibrio fra le esigenze dell’interesse generale e l’interesse del o degli individui coinvolti. Applicando tale ragionamento al caso di specie, la Corte ha concluso che se da un canto le misure imposte dal regolamento controverso rappresentano restrizioni al diritto di proprietà in linea di principio giustificabili, considerato l’obiettivo fondamentale eseguito, vale a dire la garanzia della sicurezza internazionale, dall’altro l’applicazione al sig. Kadi delle misure in questione, costituiscono una restrizione ingiustificata al suo diritto di proprietà. Sembra opportuno precisare che la Corte di giustizia ha ritenuto violato il diritto alla tutela della proprietà per le concrete circostanze in cui le misure di congelamento dei beni erano state disposte. Una violazione, dunque, di tipo procedurale, perché la misura adottata da cui derivava una considerevole incisione del diritto di proprietà non era accompagnata da alcuna garanzia per il destinatario di disporre di mezzi per far ascoltare le proprie contrarie ragioni. Infatti, con questa constatazione, la Corte di giustizia ha lasciato impregiudicato il contenuto delle misure, ritenendo che non fosse da escludere che, nel merito, la loro applicazione potesse comunque rilevarsi giustificata. Tanto che la sentenza, nell’annullare il regolamento controverso nella parte in cui riguardava il sig. Kadi e la Al Barakaat International Foundation, ha disposto il mantenimento, per un periodo non eccedente i tre mesi a decorrere dalla data della pronuncia, degli effetti dell’atto, nella parte in cui includeva i nomi dei ricorrenti nell’elenco dei destinatari delle

---

<sup>654</sup> La giurisprudenza richiamata al punto 360 della sentenza in esame è la seguente: *Corte eur. D. U., sentenza J. A. PYE (Oxford) Ltd e J. A. PYE (Oxford) Land Ltd c. Regno Unito* del 30 agosto 2007.

misure restrittive, in modo tale da consentire al Consiglio di porre rimedio alle violazioni constatate. Dall'analisi sin qui condotta, è giocoforza riconoscere il peso notevole che la CEDU e la giurisprudenza della sua Corte hanno avuto nella soluzione del caso da parte del Giudice comunitario. La Corte di giustizia, infatti, nell'*iter* logico che ha condotto alla decisione finale, ha guardato non solo al contenuto del diritto convenzionale, ma anche alla sostanza e al metodo di interpretazione di tale diritto, quale risulta dalle pronunce del Giudice di Strasburgo: a conferma di ciò, come si è visto, la sentenza *Chahal c. Regno Unito* non è solo richiamata alla stregua di ausilio interpretativo della decisione, ma è ripresa nei contenuti e considerata fonte di un imperativo. A distanza di pochi mesi, tale politica della “mano tesa” della Corte di Lussemburgo verso il sistema convenzionale ha ricevuto un importante *feedback* da parte della Corte di Strasburgo.

Corre l'obbligo evidenziare, che con la sentenza dell'11 giugno 2009<sup>655</sup>, relativa al caso *Omar Mohammed Othman* – che presentava peraltro problemi giuridici identici<sup>656</sup> a quelli sollevati dai casi *Kadi* e *Al Barakaat International Foundation* – il Tribunale di primo grado delle Comunità europee è tornato ad occuparsi del rispetto dei diritti fondamentali nell'attuazione, da parte delle istituzioni comunitarie, delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU in materia di lotta al terrorismo, uniformandosi ai contenuti della sentenza del 2008 della Corte di Giustizia.

### III.3.2.2 Il caso *Demir e Baykara c. Turchia*

L'altra pronuncia espressione della politica di “integrazione” esistente tra le giurisdizioni europee in tema di diritti fondamentali è costituita dalla sentenza della Grande Camera della Corte di Strasburgo *Demir e Baykara c. Turchia*.

La pronuncia in esame è stata emessa a seguito di un ricorso presentato nel 1996 alla Commissione europea dei diritti dell'uomo e trasmesso alla Corte alla data di entrata in vigore del Protocollo n. 11 da alcuni dipendenti di una municipalità turca iscritti ad un sindacato fondato da funzionari di diversi comuni. Il sindacato aveva negoziato e

---

<sup>655</sup> Sentenza dell'11 giugno 2009 del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, *Othman c. Consiglio e Commissione*, causa T-318/01.

<sup>656</sup> Cfr. il punto 82 della sentenza in cui lo stesso Tribunale rileva che «*il ricorrente si trova in una situazione di fatto e di diritto del tutto analoga a quella dei ricorrenti nelle cause che hanno dato origine alla sentenza Kadi della Corte*».

concluso nel 1993, con la municipalità di cui i ricorrenti erano dipendenti, un contratto collettivo a durata biennale. Nello stesso anno, a seguito di inadempimento da parte delle municipalità di alcune obbligazioni derivanti dall'accordo, il sindacato aveva citato in giudizio la controparte; il tribunale competente aveva accolto le doglianze sindacali. La Corte di cassazione, adita dalla municipalità, aveva cassato il giudizio del tribunale con sentenza 13 dicembre 1994, affermando che, nonostante non sussistesse alcun impedimento giuridico alla fondazione di sindacati da parte di pubblici funzionari, tuttavia, l'attuale stato della legislazione nazionale non consentiva di ritenerli autorizzati alla conclusione di contratti collettivi. Ciò in quanto doveva considerarsi sussistente una relazione privilegiata tra i funzionari e pubblica amministrazione, tale da richiedere una legge speciale, allo stato non esistente, per consentire la conclusione di un accordo collettivo tra sindacati di pubblici impiegati e amministrazioni pubbliche.

Il tribunale di grande istanza riteneva, tuttavia, di non conformarsi al giudizio della Cassazione, considerando che, se l'ordinamento nazionale non prevedeva il diritto dei pubblici funzionari di concludere accordi collettivi, tale lacuna andasse obbligatoriamente colmata, secondo le prescrizioni dell'articolo 1 del codice civile turco, nonché dell'articolo 36 della Costituzione turca in tema di diritto di accesso ad un tribunale. Tali disposizioni costituivano, infatti, ad avviso del tribunale, un contesto normativo tale da consentire l'applicazione diretta delle convenzioni internazionali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), ratificate dalla Turchia, pur in mancanza di leggi nazionali ad hoc per l'implementazione nel diritto interno. Né, secondo il medesimo giudice, l'assenza di una base normativa nazionale poteva costituire vizio del contratto collettivo: tale atto, infatti, andava considerato alla stregua di un contratto di diritto privato e, sotto questo profilo, poiché aveva un contenuto conforme al diritto vigente, alle usanze, alla morale e all'ordine pubblico, era idoneo a produrre obblighi vincolanti per le parti. Sulla base di queste argomentazioni, il tribunale concedeva quindi gli aumenti stipendiali e i benefici revisti dal contratto collettivo in questione.

Siffatta decisione del Tribunale è stata però annullata dalla Corte di Cassazione sostanzialmente sulla base di due argomentazioni: laddove la Costituzione subordina l'esercizio di diritti e libertà, come quella sindacale, alla previa emanazione di una legge di regolamentazione, quei diritti e quelle libertà non sono esercitabili fino

all'adozione della relativa legge; la volontà delle persone morali è distinta, e produttiva di autonomi effetti giuridici, da quella delle persone fisiche solo se la costituzione della persona morale è prevista dalla legge; né diverse conclusioni potevano essere invocate in nome dei principi dello stato di diritto e della democrazia consacrati nella costituzione, poiché il controllo statale delle persone morali a fini di pubblico interesse doveva ritenersi necessario in ogni sistema democratico. Il medesimo Giudice considerava che le modifiche costituzionali più recenti, con le quali era stato riconosciuto il diritto dei funzionari pubblici di costituire sindacati, non potessero condurre ad attribuire personalità autonoma al sindacato in causa che, per tale motivo, doveva ritenersi non legittimato al giudizio. A questa decisione faceva seguito il procedimento avanti alla Corte dei conti, all'esito del quale i funzionari iscritti al sindacato venivano obbligati a restituire le somme percepite in base all'accordo sindacale. Concluso così il procedimento in sede nazionale, la questione veniva portata all'esame di una Camera della II Sezione della Corte di Strasburgo che, con sentenza del 21 novembre 2006, accoglieva il ricorso presentato alla luce degli artt. 11 (libertà sindacale) e 14 (divieto di discriminazione) CEDU. In particolare si riteneva violato l'art. 11 per il mancato riconoscimento in sede nazionale della personalità giuridica del sindacato e per la ritenuta nullità del contratto collettivo da questo concluso; per l'effetto di tale constatazione la Camera non aveva ritenuto necessario esaminare anche il motivo di ricorso relativo all'art. 14 CEDU. Tra le argomentazioni della sentenza vi erano riferimenti agli artt 5 e 6 della Carta sociale europea, le cosiddette clausole sindacali, delle quali la Turchia aveva espressamente escluso la ratifica. Il 21 febbraio 2007, il Governo turco chiedeva la rimessione della causa alla *Grande Chambre* a termini dell'art. 43 CEDU, rimessione disposta il 23 maggio 2007. La Corte, attraverso un *iter* decisionale che si è dipanato dalla definizione dei confini del diritto applicabile al caso, ha operato un netto *revirement* della propria giurisprudenza arricchendo di nuovi corollari la libertà sindacale disciplinata dall'articolo 11 CEDU.

Il primo passaggio affrontato dalla *Grande Chambre* ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 11 è costituito da una sistematica ricognizione della prassi della Corte in materia di interpretazione della Convenzione alla luce di altri strumenti internazionali. Come in passato, la Corte ha sposato una prospettiva ermeneutica del testo convenzionale "poliedrica" ricorrendo a mezzi complementari di

interpretazione con l'obiettivo di applicare un meccanismo di difesa dei diritti dell'uomo che renda le garanzie previste concrete ed effettive e non teoriche ed illusorie<sup>657</sup>. Inoltre, la Corte ha ribadito che la Convenzione non si presta ad essere letta "atomisticamente"<sup>658</sup> bensì come un insieme armonico, coerente e "vivente", da leggere alla luce dell'attualità delle condizioni di vita e dell'evoluzione delle norme di diritto nazionale e internazionale<sup>659</sup>. Individuato il fondamento dell'attività interpretativa, la *Grande Chambre* ha affermato che tra le regole rilevanti in giudizio rientrano anzitutto i «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili» cui si riferisce l'art. 38, par. 1 lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia: la Corte ha fatto presente, rifacendosi ai lavori della Commissione giuridica dell'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa, che quei principi erano ritenuti di necessaria applicazione da parte della Commissione e della Corte, tanto da considerare inutile l'inserimento di una disposizione ad hoc nella Convenzione per richiamarli<sup>660</sup>.

In questa cornice ermeneutica, la Corte ha proceduto ad individuare con maggiore puntualità le norme rilevanti ai fini dell'interpretazione dell'art. 11 effettuando una distinzione tra fonti internazionali e fonti europee. Tra le prime la Corte ha annoverato l'art. 2 della Convenzione n. 87 sulla libertà sindacale dell'OIL; l'art. 22 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 e l'art. 8 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali. Tra le seconde, che sembrano aver avuto una maggiore influenza sulla decisione della Corte, questa ha evocato: l'art. 5 della Carta sociale europea (che non annovera i dipendenti delle pubbliche amministrazioni tra le categorie la cui libertà sindacale è suscettibile di restrizioni), gli artt. 12 (in base al quale, tra l'altro, ogni individuo ha il diritto di fondare sindacati insieme con altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi) e 28 (il quale sancisce il diritto di negoziazione e di azione collettiva) della Carta dei diritti fondamentali

---

<sup>657</sup> Occorre puntualizzare che la Corte ha *in apicibus* ricordato che il metodo di interpretazione della CEDU e dei relativi Protocolli è quello indicato dagli articoli 31 e 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, richiamo espressamente alcune sue precedenti pronunce: *Golden c. Regno Unito* del 21 febbraio 1975, *Johnston e altri c. Irlanda* del 18 dicembre 1986, *Lighthgow e altri c. Regno Unito* dell'8 luglio 1986, *Witold Litwa c. Polonia* del 4 aprile 2000.

<sup>658</sup> Sentenza 6 luglio 2005, *Stec e altri c. Regno Unito*.

<sup>659</sup> Sul punto la sentenza ricorre a precedenti *Soering c. Regno Unito* del 7 luglio 1989, *Vo c. Francia* dell'8 luglio 2004 e *Mamatkoulou e Askarov c. Turchia* del 4 febbraio 2005.

<sup>660</sup> La Corte ha rammentato che la propria giurisprudenza sull'art. 3 CEDU, con riferimento all'estradiizione, si è sviluppata a partire dalla considerazione di principi stabiliti in testi internazionali quali il Patto internazionale per i diritti civili e politici e la Convenzione americana dei diritti dell'uomo del 1969.

dell'Unione Europea. Quale, dunque, l'impatto di siffatte disposizioni normative sulla soluzione del caso? La sentenza della Corte ha riscontrato una duplice violazione dell'articolo 11 della CEDU: segnatamente per l'esclusione della personalità giuridica dell'associazione sindacale dei dipendenti municipali e per l'annullamento di contratto collettivo da tale associazione concluso con la municipalità. Quanto alla prima censura, sembra potersi affermare che l'articolo 5 della Carta sociale europea ha costituito la principale fonte di ispirazione della Corte nella misura in cui la disposizione in questione non ammette restrizioni alla libertà sindacale dei dipendenti della pubblica amministrazione.

Per riconoscere la seconda violazione la Corte ha mutato un vero e proprio *revirement* della sua giurisprudenza, dichiarando per la prima volta che il diritto a negoziare e concludere contratti collettivi costituisce un elemento della libertà garantita dall'art. 11 CEDU. Infatti, in precedenti pronunce in materia, il giudice europeo si era limitato ad annoverare tra i corollari della libertà di riunione e associazione, il diritto di formare un sindacato ed iscriversi ad esso, il divieto di accordi di monopolio sindacale e il diritto del sindacato di adoperarsi per essere ascoltato in nome dei propri iscritti dal datore di lavoro<sup>661</sup>.

Le fonti europee sopraccitate hanno condotto la *Grande Chambre* a ritenere che la contrattazione collettiva costituisca per il sindacato ricorrente un mezzo essenziale di promozione degli interessi dei propri iscritti e che l'annullamento del contratto collettivo concluso con la municipalità si ponga come ingerenza dello Stato nell'esercizio del diritto tutelato dall'articolo 11 CEDU, non giustificata e senza prova della sua necessità da parte dello Stato convenuto. Dalle osservazioni sin qui condotte, sembra potersi concludere che la Carta dei diritti fondamentali ha rappresentato il veicolo propulsore del *revirement* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di strumenti di esercizio della libertà sindacale: infatti, mentre le convenzioni internazionali citate nella pronuncia erano già in vigore al momento della decisione dei casi precedenti a quello esaminato, la Carta dei diritti fondamentali, quantunque già esistente è stata nuovamente proclamata il 12 dicembre 2007. La scelta di *revirement* effettuata dalla Corte di Strasburgo si pone in una prospettiva di continuità e di coerenza con l'intento del giudice europeo di mantenere un approccio dinamico

---

<sup>661</sup> Cfr. tra i precedenti le sentenze *Sindacato Nazionale della Polizia belga c. Belgio* del 27 ottobre 1975, *Sindacato svedese dei conduttori di treni c. Svezia*, *Schimdt e Dalhstrom c. Svezia* del 6 febbraio 1976, *Wilson e Unione nazionale dei giornalisti e altri* del 2002.

ed evolutivo nell'applicazione della Convenzione.

### III.4 Gli scenari futuri: in particolare la prospettiva dell'adesione dell'Unione alla CEDU

Una questione che coinvolge entrambe le Corti e sulla quale occorre soffermare l'attenzione prima di svolgere qualche riflessione conclusiva è quella relativa alla prospettiva di adesione alla CEDU da parte dell'Unione.

Come è noto, la questione dell'adesione della Comunità/Unione alla CEDU costituisce un obiettivo che i giuristi europei hanno tentato di perseguire sin dalla fine degli anni settanta del secolo scorso.

Tuttavia, dopo un percorso irto di ostacoli<sup>662</sup>, l'obiettivo può dirsi quasi<sup>663</sup> raggiunto in quanto il 7 luglio 2010 si sono ufficialmente aperti i negoziati fra la Commissione Europea ed il Consiglio d'Europa per la definizione dell'accordo relativo all'adesione<sup>664</sup> dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>665</sup>.

Invero, in tal modo si è dato avvio al cammino per l'attuazione di quanto previsto all'art. 6, par. 2, del Trattato UE, come modificato dal Trattato di Lisbona in vigore dal 1° dicembre 2009, e dal relativo protocollo<sup>666</sup>.

---

<sup>662</sup> Non ultimo il parere 28 marzo 1996, 2/94, della Corte di giustizia, in cui quest'ultima – dopo aver ribadito che alla Convenzione spetta un significato particolare per l'attività interpretativa della stessa Corte in materia di diritti fondamentali – aveva ritenuto inammissibile che la Comunità europea nel suo insieme andasse ad inserirsi in un sistema istituzionale del tutto diverso, quale il sistema CEDU.

<sup>663</sup> Viene utilizzato il termine “quasi” in quanto, come si è avuto più volte l'occasione di ricordare nel corso del presente lavoro, l'adesione dell'UE alla Convenzione costituisce allo stato attuale un processo *in fieri*.

<sup>664</sup> È necessario specificare che l'adesione si configura come un obbligo per l'Unione e non come una mera facoltà come si evince chiaramente dalla *Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* per la quale: « [...] all'atto dell'adesione i limiti posti dal trattato di Lisbona e dai protocolli aggiuntivi devono essere rispettati, segnatamente l'articolo 6, paragrafo 2, del trattato sull'Unione europea e il protocollo n. 8 del trattato di Lisbona; considerando inoltre che queste disposizioni non costituiscono solo un'opzione che consente all'Unione di aderire, ma un obbligo per le istituzioni dell'Unione di agire in tal modo [...]».

<sup>665</sup> Si veda al riguardo quanto riportato nel sito ufficiale del Consiglio d'Europa, *www.coe.int*, in Press release - 545 (2010), “*Strasbourg, 7 luglio 2010 – Official talks started today on the European Union's accession to the European Convention of Human Rights (ECHR). Thorbjørn Jagland, the Secretary General of the Council of Europe, and Viviane Reding, Vice-President of the European Commission, marked the beginning of this joint process at a meeting in Strasbourg. They discussed how to move the process forward so that citizens can swiftly benefit from stronger and more coherent fundamental rights protection in Europe. [...] The EU's accession to the ECHR is required under Article 6 of the Lisbon Treaty and foreseen by Article 59 of the ECHR as amended by the Protocol 14*”.

<sup>666</sup> Cfr. art. 6, par. 2, del TUE: « L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati ».

L'apertura di tali negoziati vedrà l'impegno della Commissione europea e dello *Steering Committee for Human Rights* del Consiglio di Europa<sup>667</sup> per la definizione di un accordo che, come previsto dallo stesso Trattato UE all'art. 6, par. 2, ed al relativo Protocollo<sup>668</sup>, realizzi l'adesione in modo da preservare le caratteristiche specifiche del diritto e del sistema dell'UE, definire le modalità per l'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della CEDU, nonché stabilire i meccanismi necessari per garantire la correttezza nella proposizione dei ricorsi avverso atti dell'Unione europea o dei singoli Stati membri<sup>669</sup>.

Al termine di tale "*joint process*", l'assenso all'accesso verrà accordato dal Comitato dei Ministri e dovrà essere confermato all'unanimità dallo stesso Consiglio d'Europa ai sensi dell'art. 218, par. 8, del TFUE. Sul versante comunitario, sarà necessario il consenso del Parlamento europeo, il quale, peraltro, sarà stato costantemente informato dell'evolversi dei negoziati. L'accordo dovrà essere ratificato dai 47 Stati contraenti della Convenzione, inclusi, quindi, i Paesi membri dell'UE, secondo le rispettive procedure prescritte dai diversi diritti nazionali.

L'adesione è, dunque, ammantata di «valore costituzionale» in linea con gli auspici del Gruppo II della Convenzione di Laeken nella cui relazione finale si legge che «data l'importanza costituzionale di un'eventuale adesione, andrebbe precisato inoltre che la

---

<sup>667</sup> Come si legge ancora in *www.coe.int*, Press release - 545 (2010), "On 17 March, the Commission proposed negotiation Directives for the EU's accession to the ECHR (IP/10/291). On 4 June, EU Justice Ministers gave the Commission the mandate to conduct the negotiations on their behalf. On 26 May, the Committee of Ministers of the Council of Europe gave an ad-hoc mandate to its Steering Committee for Human Rights to elaborate with the EU the necessary legal instrument for the EU's accession to the ECHR. [...] As of today, negotiators from the Commission and experts from the Council of Europe's Steering Committee for Human Rights will meet regularly to work on the accession agreement. [...] Both sides are committed to a smooth and swift conclusion of the talks, allowing the accession to take place as early as possible".

<sup>668</sup> Protocollo n. 8 sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

<sup>669</sup> Si legge nel Protocollo relativo all'art. 6, par. 2, del Trattato UE che l'accordo relativo all'adesione dell'Unione alla CEDU "deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell'eventuale partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della Convenzione europea, b) i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all'Unione". L'accordo, in particolare, "deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'Unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni. Deve inoltre garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della Convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla Convenzione europea ai sensi del suo articolo 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della convenzione europea ai sensi del suo articolo 57".



firma e la conclusione del trattato di adesione richiedono una decisione unanime del Consiglio e il consenso del Parlamento europeo»<sup>670</sup>.

A parere di chi scrive, la disposizione in questione risulta non solo superflua ma anche di “intralcio” alla realizzazione di un obiettivo già di per sé irto di asperità tecnico-giuridiche. Anzitutto superflua, per almeno due ragioni: da un canto tutti gli Stati membri dell’Unione europea sono già Parti contraenti della CEDU, di conseguenza non avrebbero motivo di ostacolare l’adesione dell’Unione; dall’altro gli Stati membri hanno più volte dimostrato il loro consenso *vis-à-vis* dell’iniziativa di adesione dell’Unione alla Convenzione<sup>671</sup>. Quanto alle difficoltà tecnico-giuridiche, salvo quanto si dirà diffusamente nel prosieguo della trattazione, sembra del tutto ovvio che la procedura prevista dal TFUE causerà un netto ritardo nel processo di adesione.

Per quanto concerne la forma dell’adesione, tra le soluzioni ipotizzate – un protocollo modificativo della Convenzione o un trattato di adesione – il Consiglio d’Europa sembra preferire il trattato di adesione, che presenterebbe il vantaggio di comprendere in uno strumento unico anche le norme di carattere amministrativo e tecnico.

Il protocollo n. 8, relativo all’art. 6, par. 2, del Trattato, pone, altresì, alcune indicazioni volte a garantire il mantenimento delle caratteristiche specifiche dell’Unione e del suo diritto; poiché in esso si fa riferimento anche ad un’eventuale partecipazione dell’Unione agli organi di controllo convenzionali<sup>672</sup> – nonostante l’adesione alla CEDU non renda l’Unione un membro del Consiglio d’Europa – si evidenzia come, nelle *Draft Opinions* dei diversi *Committees* del Parlamento europeo sugli “*Aspetti istituzionali dell’adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea per la*

---

<sup>670</sup> Relazione finale del Gruppo di lavoro II, CONV 354/02, WG II 16, 22 ottobre 2002, p. 13.

<sup>671</sup> Si segnala il vertice di Varsavia del maggio 2005, il *Memorandum* firmato a Strasburgo dal Consiglio d’Europa e dall’Unione europea il 23 maggio 2007 reperibile sul sito [www.coe.int](http://www.coe.int), la risoluzione dell’Assemblea parlamentare del 17 aprile 2008, Résolution 1610 (2008) *Adhésion de l’Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l’homme*, nonché le dichiarazioni del Presidente della J.P. Costa e del cancelliere tedesco A. MERKEL in occasione del 50° anniversario della Corte europea dei diritti dell’uomo il 20 aprile 2009, reperibili sul sito [http://www.coe.int/t/dc/files/themes/cedb/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dc/files/themes/cedb/default_en.asp). Occorre ricordare che dopo il Consiglio europeo di Copenaghen (21-22 giugno 1993) fra le pre-condizioni di ingresso di uno nuovo Stato nell’Unione europea è contemplata l’adesione dello stesso alla CEDU ad onta del fatto che l’Unione in quanto tale non ne sia parte; chiaramente l’adesione consentirà di eliminare tale incongruenza.

<sup>672</sup> Cfr. art. 1 per il quale l’accordo relativo all’adesione dell’Unione alla CEDU deve garantire: «*che siano preservate le caratteristiche specifiche dell’Unione e del diritto dell’Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell’eventuale partecipazione dell’Unione agli organi di controllo della convenzione europea.*»

*salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*<sup>673</sup>, sia già emersa la necessità di riconoscere alla UE il diritto di sottoporre la lista dei 3 candidati per il ruolo di giudice all'interno della Corte EDU; il diritto, connesso al precedente, per il Parlamento europeo di inviare un numero di rappresentanti in seno all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nelle sedute in cui elegge i giudici della Corte; il diritto di partecipazione e di voto nel Comitato dei Ministri quando questo si occupi dell'esecuzione delle sentenze della Corte o debba decidere di chiedere un parere alla Corte, nonché il diritto di partecipare allo *Steering Committee for HR* (organo sussidiario del Comitato dei Ministri). Si tratta, ovviamente, di proposte che saranno oggetto dei negoziati precedenti l'adesione<sup>674</sup>.

All'interno della cornice giuridica predisposta dal Trattato di Lisbona per abilitare l'Unione ad aderire alla Convenzione, occorre collocare infine anche l'art. 47 TFUE il quale statuisce che «L'Unione ha personalità giuridica di diritto internazionale»<sup>675</sup>. Come osservato in dottrina<sup>676</sup> si tratta di una disposizione che “codifica” una situazione di fatto già esistente in quanto è prevista la possibilità per l'Unione, ai sensi degli art. 37 TUE<sup>677</sup> e 3 TFUE<sup>678</sup>, di concludere accordi internazionali.

---

<sup>673</sup> Cfr. la *Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit..

<sup>674</sup> Tali proposte sono evidenziate anche nella *Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit..

<sup>675</sup> Al riguardo restano fondamentali le pagine di TIZZANO, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998, pp. 377 ss.. In dottrina si sono confrontate tre scuole di pensiero. Secondo la prima, che sostiene la teoria volontaristica, la personalità internazionale di un'organizzazione internazionale viene conferita attraverso una norma contenuta nel trattato internazionale che la istituisce. Secondo questo orientamento, l'elemento determinante è quindi la volontà degli Stati che creano l'organizzazione di dotarla di una soggettività autonoma e distinta, quale emergente dal trattato istitutivo. La seconda scuola, che sostiene l'idea della personalità giuridica oggettiva delle organizzazioni internazionali, sostiene che qualora un'organizzazione avesse almeno un organo in grado di manifestare una volontà distinta da quella degli Stati membri, questa avrebbe la personalità giuridica. Questa scuola sgancia completamente la soggettività dell'organizzazione internazionale dalla volontà degli Stati membri e la fa invece dipendere dal solo diritto internazionale. La terza e prevalente scuola di pensiero ritiene invece che la soluzione del problema sia da ricercare nella sintesi della teoria volontaristica e di quella che sostiene la personalità giuridica oggettiva delle organizzazioni internazionali, quindi nella simultanea presenza dei requisiti soggettivo, quale emergente dagli atti costitutivi delle organizzazioni, e oggettivo, come derivante dal concreto agire dell'ente nell'ordinamento internazionale. Quest'ultima scuola di pensiero segue l'approccio utilizzato dalla Corte internazionale di Giustizia nell'autorevole parere sul “*Risarcimento dei danni subiti al Servizio delle Nazioni Unite*” (*Reparation Case*) dell'11 aprile 1949, che, a quanto consta, rappresenta l'unica pronuncia della stessa Corte in materia di personalità giuridica internazionale delle organizzazioni internazionali e dei relativi criteri d'esistenza.

<sup>676</sup> V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 2.

<sup>677</sup> Ai sensi del quale: «L'Unione può concludere accordi con uno o più Stati o organizzazioni internazionali nei settori di pertinenza del presente capo».

Alla previsione del Trattato ha fatto eco l'entrata in vigore il 1° giugno 2010 del Protocollo addizionale n. 14 alla CEDU, il quale, nell'emendare l'art. 59 della Convenzione, introduce un nuovo paragrafo 2, ove si prevede che: "*The European Union may accede to this Convention*". Si realizza in tal modo un consenso espresso all'adesione dell'Unione alla Convenzione anche da parte del sistema CEDU<sup>679</sup>.

I precitati negoziati sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU richiesta dall'art. 6, par. 2, TUE, attualmente in corso fra l'Unione e il Consiglio d'Europa, invitano a riflettere sui vantaggi e sulle problematiche che l'adesione potrà procurare al sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali.

### III.4.1 I possibili vantaggi dell'adesione dell'U.E. alla CEDU

L'adesione è stata, anzitutto, presentata come un importante «segnale politico» della coerenza fra l'Unione e la "grande Europa" nel perseguimento di un obiettivo comune, vale a dire la tutela dei diritti fondamentali nello spazio costituzionale europeo<sup>680</sup>. Senza voler sminuire la portata politica dell'adesione, sembra opportuno soffermarsi con maggiore attenzione sugli aspetti giuridici della questione, stante l'oggetto della presente trattazione.

La dottrina ha considerato l'adesione come lo strumento *ideale* per raggiungere un importante e complesso obiettivo: elevare lo standard di tutela dei diritti dell'uomo nello "spazio costituzionale europeo" e garantirne l'effettività e la coerenza<sup>681</sup>. Ciò in

---

<sup>678</sup> Art. 3, par. 2: «L'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata».

<sup>679</sup> Aperto alla firma nel 2004, ed entrato in vigore il 1° giugno 2010, dopo la tanto attesa ratifica della Russia, il Protocollo n. 14 CEDU, oltre ad aprire la strada dal punto di vista della Convenzione all'adesione dell'UE, si pone l'obiettivo di garantire un più efficace funzionamento della Corte EDU, ottimizzando il filtraggio e il trattamento dei ricorsi, creando nuove formazioni giudiziarie per i casi meno complessi, introducendo quale nuovo criterio di ricevibilità l'esistenza di un "pregiudizio significativo" che giustifichi il ricorso per violazione dei diritti convenzionali, e portando il mandato dei giudici della Corte a nove anni non rinnovabili. Il testo del protocollo è consultabile al sito del Consiglio d'Europa [www.coe.int](http://www.coe.int), con scheda di commento e presentazione di un dossier sulla Conferenza di Interlaken del 18-19 febbraio 2010 sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo e le nuove previsioni del Protocollo n. 14.

<sup>680</sup> Relazione finale del Gruppo II, op. cit, 12; J.C. Juncker ha intitolato il suo rapporto relativo ai rapporti fra il Consiglio d'Europa e l'Unione europea presentato l'11/04/2006 «*Conseil d'Europe-Union européenne: une même ambition pour le continent européen*», reperibile sul sito [www.coe.eu.int](http://www.coe.eu.int).

<sup>681</sup> Al par. 20 del *Memorandum* concluso nel maggio 2007 fra il Consiglio d'Europa e l'Unione si legge, infatti, che «une adhésion rapide de l'Union européenne à la Convention de Sauvegarde des

ragione del fatto che attualmente la protezione dei diritti fondamentali in Europa, come già osservato<sup>682</sup>, rischia di essere compromessa dalla mancanza di coordinazione nelle interazioni fra il sistema di Strasburgo ed il sistema di Lussemburgo e, in specie dalla mancanza di un legame formale fra le due Corti europee. Allo stato, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo può invocare la responsabilità internazionale di ogni membro dell'Unione che sia al contempo parte della Convenzione, per violazione di quest'ultima anche se la fonte di tale illecito è rinvenibile in una misura nazionale di attuazione della normativa europea ovvero in un atto europeo *tout court* (*casi Matthews e Bosphorus*). Il giudice di Strasburgo si trova, dunque, impossibilitato a chiamare in giudizio il soggetto direttamente responsabile di un eventuale violazione della CEDU, vale a dire l'Unione.

Tale situazione arreca pregiudizio alla effettività della tutela giudiziaria dei diritti dell'uomo in Europa per un duplice ordine di ragioni: da un canto gli Stati devono fronteggiare un vero e proprio "conflitto di lealtà" (conformità alla CEDU *versus* conformità agli obblighi sorgenti dai trattati europei), che potrebbe indurli a non eseguire le sentenze della Corte europea contravvenendo all'obbligo di cui all'art. 46 della Convenzione. Dall'altro la Corte europea, al fine di scongiurare un simile rischio, potrebbe optare per una riduzione del grado di controllo *vis-à-vis* della normativa europea con riferimento al rispetto dei diritti tutelati nella Convenzione. Perché, dunque, l'adesione sembra costituire lo strumento *ideale* per risolvere tale *impasse*?

La risposta è duplice. Anzitutto, l'adesione dell'Unione alla CEDU consentirà la rappresentanza dell'Unione in quanto tale sia all'interno della Corte Europa che all'interno del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, organo responsabile, tra l'altro, del monitoraggio dell'esecuzione delle sentenze della Corte da parte degli Stati membri. Inoltre, il rischio di "conflitto di lealtà" degli Stati verrà eluso, poiché essendo l'Unione soggetta agli obblighi della Convenzione, accadrà che nel caso di

---

Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales favoriserait considérablement la cohérence dans le domaine des droits de l'homme en Europe». Inoltre, come ha affermato M. VAN DIJK, membro della Commissione di Venezia, «l'adhésion rapide de l'Union européenne à la Convention remédiera aux conséquences négative dues à un système si disparate» in *L'adhésion de l'Union européenne/la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, Commentaires*, 20 agosto 2007, reperibile sul sito [www.coe.int](http://www.coe.int). Di «effet harmonisateur» dell'adesione parla anche J.P. COSTA in *La Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la problématique de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention*, in *EUI Working Paper LAW*, No. 2004/05, p. 12.

<sup>682</sup> Cfr. Sez. III del presente lavoro.

contrasto fra i due ordinamenti saranno le norme della CEDU a dover essere considerate vincolanti per i singoli Stati e gli atti dell'Unione anticonvenzionali ne faranno sorgere specifiche responsabilità da farsi valere con gli ordinari strumenti previsti dalla CEDU<sup>683</sup>.

L'adesione dell'Unione alla CEDU dovrebbe, infine, indurre la Corte di Strasburgo ad uniformare il proprio standard di controllo nei confronti delle misure nazionali e degli atti europei, ponendo fine alla perversa politica dei "due pesi due misure". A ciò, occorre aggiungere che l'adesione dell'Unione alla CEDU garantirà agli individui l'accesso ad un ricorso supplementare avverso gli atti adottati dalle Istituzioni europee eventualmente lesivi dei diritti fondamentali: la sottoposizione dell'ordinamento europeo al meccanismo di controllo della Convenzione, infatti, consentirà ai singoli, pur sempre nel rigoroso rispetto del principio del previo esaurimento delle vie di ricorso interne (nel caso di specie interne all'Unione), di impugnare un atto adottato dalle Istituzioni europee dinanzi alla Corte di Strasburgo. Allo stesso tempo, in virtù del principio del libero margine di apprezzamento, anche l'Unione, al pari degli Stati contraenti della Convenzione, dovrà scegliere l'adozione delle misure più idonee per dare esecuzione e attuazione ai diritti convenzionali ed alle decisioni della Corte europea.

Come si è espresso il Segretario generale del Consiglio d'Europa nella Conferenza di Madrid del 2 febbraio 2010, l'adesione costituisce la fondamentale occasione per costruire "a continent-wide area" dei diritti umani in Europa, nella quale 47 Stati e le istituzioni dell'Unione Europea siano obbligati al rispetto degli stessi standard minimi di tutela imposti dalla Convenzione e siano controllati nell'applicazione degli stessi dalla medesima Corte<sup>684</sup>. Si dovrebbe così rafforzare l'attuale sistema di tutela, sottoponendo il sistema giuridico dell'UE ad un controllo esterno ed indipendente, che vede in primo luogo come protagonista la Corte di Strasburgo. L'effetto auspicato dovrebbe essere quello di un'armonizzazione nella salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali, garantita anche attraverso l'uniformazione della giurisprudenza delle due Corti di Lussemburgo e di Strasburgo.

Con il Trattato di Lisbona, inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE ha

---

<sup>683</sup> Cfr. ZAGREBELSKY V., *La prevista adesione dell'Unione europea*, op. cit., pp. 3 e 5.

<sup>684</sup> Secretary General's speech to the Conference "Fundamental rights in the EU in view of the Accession of the Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Madrid, 2 February 2010, in [www.coe.int/t/secretary-general/sg/speeches/2010](http://www.coe.int/t/secretary-general/sg/speeches/2010).

acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati<sup>685</sup>. La relazione fra Convenzione europea e Carta di Nizza sarà simile a quella intercorrente fra la CEDU e le Costituzioni nazionali, con la possibilità fortemente auspicata che queste offrano una tutela superiore al minimo standard comune garantito dalla CEDU<sup>686</sup>.

Nella siffatta relazione, la Corte di giustizia resta ovviamente la sola corte suprema a giudicare sull'interpretazione e la validità degli atti dell'Unione<sup>687</sup>. La Corte di Strasburgo non assumerà in tale quadro il ruolo di giurisdizione superiore nei confronti dei giudici di Lussemburgo, bensì di giurisdizione speciale, cui sia demandato il controllo esterno sul rispetto dei diritti convenzionali da parte dell'Unione, con la conseguenza di porre la Corte di giustizia nei riguardi della Convenzione in uno *status* analogo a quello di una Corte costituzionale o suprema statale. La sua funzione di interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dovrà essere esercitata in armonia con i canoni di protezione dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, che costituiscono, ai sensi del novellato art. 6, par. 3, del Trattato, parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali<sup>688</sup>.

### III.4.2 L'adesione della UE alla CEDU: una minaccia alla "specificità" dell'ordinamento europeo?

---

<sup>685</sup> Dispone l'art. 6, par. 1, TUE: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati". Al riguardo, fra i diversi contributi, cfr. PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, 653; BULTRINI A., *I rapporti tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, *ibidem*, 700; DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2008, 655.

<sup>686</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'UE presenta contenuti più ampi di tutela, laddove si rivolge anche alla protezione di ulteriori diritti, per esempio in campo economico e sociale, o ancora con riferimento al diritto alla riservatezza o al diritto ad una buona amministrazione. Sui rapporti fra Unione Europea, Carta dei diritti fondamentali e CEDU si veda altresì l'ampio studio di SANDRO P., *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 2009, 855.

<sup>687</sup> Cfr. la nella *Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit.: «[...] l'adesione non metterà per nulla in discussione il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto la Corte di giustizia dell'Unione europea continuerà a essere l'unico giudice supremo per le questioni attinenti al diritto dell'Unione e alla validità dei suoi atti [...]».

<sup>688</sup> Di recente, indica nella pluralità delle Corti "il modo migliore di tutelare i diritti fondamentali" in Europa, MANGANARO F., *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 433, "Infatti, la molteplicità delle Corti impedisce che una sola di esse possa gerarchicamente stabilire "il" contenuto essenziale del diritto, essendo costrette, invece, ad un continuo confronto dialogico, con cui il diritto si affina o si limita, con un andamento irregolare, sempre tuttavia suscettibile di prospettare nuove soluzioni".

Sin dagli anni Ottanta del secolo scorso, l'adesione della Comunità/Unione alla CEDU e la conseguente soggezione del proprio apparato istituzionale-normativo al meccanismo di controllo predisposto dalla Convenzione, è stata presentata come una potenziale "minaccia" alla specificità dell'ordinamento europeo sotto un duplice profilo: essa potrebbe comportere sia la perdita di autonomia dell'ordinamento europeo, intesa come indipendenza dal diritto nazionale e internazionale, che l'alterazione del riparto di competenze Stati/Unione<sup>689</sup>. Quanto al primo aspetto, è stato rilevato che l'autonomia dell'ordinamento comunitario potrebbe essere pregiudicata dalla perdita del ruolo della Corte quale unico giudice del diritto europeo, dal venir meno del monopolio della Corte nella soluzione delle controversie fra Stati e dalla sottoposizione delle Istituzioni europee al controllo di "terzi giudici" non europei. In seguito all'adesione, la Corte di Lussemburgo potrebbe perdere, anzitutto, il potere esclusivo di pronunciarsi sulla validità degli atti comunitari, in quanto il suo omologo di Strasburgo avrebbe la facoltà di controllare tali atti sotto il profilo del rispetto dei diritti dell'uomo. Inoltre, una volta che l'Unione diventerà Parte contraente della Convenzione, gli Stati membri, ai termini dell'art. 33 della stessa, potranno sottoporre al giudizio della Corte di Strasburgo le controversie insorgenti fra loro, oppure fra uno Stato ed una Istituzione europea, compromettendo in tal modo il ruolo di arbitro esclusivo dell'ordinamento europeo attribuito al Giudice di Lussemburgo<sup>690</sup>. Infine, un ultimo rilievo critico nei confronti dell'adesione riguarda il timore che un giudice non europeo, membro della Corte di Strasburgo al cui controllo l'Unione sarebbe sottoposta, possa giudicare senza "cognizione di causa", vale a dire senza avere una profonda conoscenza del fenomeno comunitario, la condotta delle Istituzioni europee.

I possibili inconvenienti dell'adesione testè descritti non sembrano del tutto fondati o comunque insormontabili. In primo luogo, avuto riguardo alla potenziale perdita del ruolo del giudice comunitario quale interprete esclusivo del diritto europeo, ai sensi dell'art. 19 TUE, si può argomentare *contra* che la Corte europea dei diritti dell'uomo, in quanto giudice esterno all'ordinamento comunitario, non detiene il potere di

---

<sup>689</sup> CAPOTORTI F., *Sull'eventuale adesione delle Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, pp. 25-28; FERRARI BRAVO L., *Problemi tecnici dell'adesione delle Comunità europee alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, pp. 350-351.

<sup>690</sup> Ai sensi degli artt. 344, 258 e 263 TFUE.

annullare gli atti comunitari né di cassare le sentenze della Corte di giustizia, così come non ha la facoltà di annullare o cassare le norme e le sentenze nazionali.

L'adesione, infatti, non metterà per nulla in discussione il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto la Corte di giustizia dell'Unione europea continuerà a essere l'unico giudice supremo per le questioni attinenti al diritto dell'Unione e alla validità dei suoi atti; la Corte dei diritti dell'uomo può, infatti, essere considerata solo un organo che esercita un controllo esterno sul rispetto, da parte dell'Unione, degli obblighi di diritto internazionale che le derivano dalla sua adesione alla CEDU<sup>691</sup>. Dopo l'adesione, la Corte di Strasburgo dovrà esaminare in casi concreti riconducibili alla legislazione e agli atti dell'Unione se vi sono state violazioni della Convenzione, e quando si procederà a queste decisioni la Corte dovrà tener conto delle caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto comunitario.

In secondo luogo, il rischio che le controversie fra Stati membri o fra Stati membri e Unione siano sottoposte direttamente alla cognizione del giudice di Strasburgo ai sensi dell'art. 33 CEDU, aggirando la competenza del Giudice di Lussemburgo, sembra già scongiurato dalle disposizioni del Protocollo n. 8 al Trattato di Lisbona, il quale all'art. 3 afferma che: «nessuna disposizione dell'accordo di adesione deve avere effetti sull'art. 344 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea»; a sua volta l'art. 344 del TFUE statuisce che: «Gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal trattato stesso». Al fine di rendere operativa tale previsione, si potrebbe introdurre nell'atto di adesione una clausola con la quale gli Stati membri e l'Unione rinuncino *expressis verbis* a valersi del ricorso ex art. 33. Inoltre, secondo parte della dottrina<sup>692</sup>, sarebbe auspicabile inserire un'ulteriore disposizione nel trattato di adesione volta a sancire esplicitamente la subordinazione dei ricorsi interstatali o promossi da uno Stato contro una istituzione europea dinanzi alla Corte di Strasburgo al previo esaurimento dei ricorsi esperibili di fronte alla Corte di Lussemburgo. In altri termini si tratterebbe di estendere la condizione di ricevibilità contemplata dall'art. 35, par. 1 della CEDU ai ricorsi esperibili all'interno dell'Unione europea, equiparandoli a quelli statali: ciò consentirebbe alla Corte di giustizia «di esplicare le proprie funzioni, senza impedire, peraltro, il controllo della

---

<sup>691</sup> Cfr. la *Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit..

<sup>692</sup> VILLANI U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea*, op. cit., p. 169.



Corte di Strasburgo, qualora, dopo la sentenza comunitaria, permangano motivi di doglianza sul rispetto dei diritti dell'uomo»<sup>693</sup>.

Per quanto attiene, infine, al terzo rilievo critico relativo alla mancanza di conoscenza specifiche dei giudici di Strasburgo per poter esercitare un compiuto controllo sulla condotta dell'Unione, sembra agevole replicare che proprio l'integrazione del sistema europeo nel sistema convenzionale mediante l'adesione dell'Unione alla CEDU garantirebbe, come si è detto, la presenza di un giudice a titolo dell'Unione e di conseguenza la certezza di un'adeguata valutazione dei caratteri specifici del fenomeno europeo e del suo diritto. A parere di chi scrive, inoltre, l'osservazione critica in discorso, sembra esser inopportuna in ragione del fatto che, per definizione, ogni giurisdizione sovranazionale si compone di giudici provenienti da diversi Stati e chiamati a pronunciarsi su questioni che attengono ordinamenti giuridici nazionali di cui non hanno conoscenza diretta. Tale situazione, quantunque irta di difficoltà, non sembra, allo stato, aver causato una riduzione degli standard di tutela garantiti dalle Corti sovranazionali in un contesto giuridico internazionale dominato dalla "*judicial globalization*". Sulla base delle osservazioni sin qui condotte, sembra potersi concludere che il principio dell'autonomia non frappone ostacoli giuridici all'adesione dell'Unione alla CEDU, poiché non risulta da questa compromesso<sup>694</sup>.

*Quid* dell'impatto sulle competenze dell'Unione?

Come emerso dal dibattito tenutosi in seno al Gruppo II, l'adesione dell'Unione alla CEDU potrebbe alterare il riparto di competenze fra l'Unione europea e gli Stati membri attraverso un duplice canale: da un canto l'introduzione della base giuridica esplicita per l'abilitazione costituzionale dell'adesione potrebbe comportare una competenza generale dell'Unione a legiferare a livello interno; dall'altro la soggezione della struttura istituzionale-normativa dell'Unione al controllo della Corte di Strasburgo, potrebbe determinare l'ingerenza di quest'ultima con le sue sentenze sul riparto delle competenze fra l'Unione e gli Stati membri.

Quanto al primo rilievo critico, occorre precisare che il Trattato di Lisbona contiene una serie di misure volte a dissipare simili timori: l'art. 6, par. 2 del TUE prevede che «[...] Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati» e, il

---

<sup>693</sup> *Ibidem*, p. 169. L'impatto di tali misure sulla nuova configurazione di rapporti fa corti sarà esaminato nel par. 4.3. del presente Capitolo.

<sup>694</sup> Cfr. i pareri comuni dei giudici Skouris (WD 19) e Fischbach (CONV 295/02), nonché dei sigg. Schoo, Piris e Petite (WD 13) emessi su richiesta del Gruppo II della Convenzione di Laeken.

già menzionato Protocollo n. 8 all'art. 2, afferma in termini perentori che «l'accordo di cui all'art. 1 deve garantire che l'adesione non incida né sulle competenze dell'unione né sulle attribuzioni delle sue istituzioni». L'adesione non dovrebbe, dunque, causare l'attribuzione di una più ampia competenza dell'Unione europea in materia di diritti dell'uomo. A parere di chi scrive, inoltre, tale rischio non sussiste dal momento che i diritti dell'uomo non costituiscono un ambito di competenza di per sé chiaramente definito e limitato: il rispetto di tali diritti può e deve influenzare il modo in cui una questione è decisa o regolata negli ambiti più disparati<sup>695</sup>.

Quanto al secondo profilo problematico, il rischio che la Corte europea dei diritti dell'uomo possa ingerirsi con le sue sentenze sul riparto di competenze fra l'Unione e gli Stati membri può considerarsi fondato solo in parte. Infatti, il giudice di Strasburgo non si è mai pronunciato sulla estensione dell'ambito delle competenze degli Stati parti della CEDU; l'unico obiettivo della Corte è quello di verificare se uno Stato può essere o meno considerato responsabile della violazione della Convenzione oggetto del ricorso. Tuttavia, è giocoforza riconoscere che le sentenze della Corte potrebbero produrre un effetto indiretto sulle competenze delle Parti contraenti qualora il Giudice di Strasburgo definisse il contenuto di determinati diritti e libertà in termini di obblighi positivi. Siffatta ipotesi, benché non del tutto peregrina, sembra destinata ad avere un impatto limitato sull'ordinamento comunitario per almeno due ragioni. Anzitutto, la categoria dei diritti ai quali, in via del tutto eccezionale, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto l'idoneità a produrre obblighi di *favere* non potrebbe costituire l'oggetto di un ricorso contro l'Unione europea<sup>696</sup>. Inoltre, nei casi in cui la Corte europea si è spinta ad individuare obblighi positivi in capo alle Parti contraenti ha spesso accordato alle stesse un ampio margine di apprezzamento; a parere di chi scrive, dunque, il Giudice di Strasburgo non avrebbe motivo di mutare il proprio

---

<sup>695</sup> Sembra opportuno evocare le osservazioni effettuate a proposito dal presidente del Gruppo di lavoro II, M. Vitorino: «l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali non implica una competenza generale di dettare norme (*d'edictar des règles*) in materia di tali diritti».

<sup>696</sup> Solo per citare qualche esempio: la Corte di Strasburgo ha stabilito che obblighi positivi discendono dal diritto alla vita (art. 2 CEDU) dal divieto di tortura (art. 3 CEDU) o ancora dalla libertà di manifestazione (art. 11 CEDU); tali obblighi consistenti, tra l'altro, nel dovere di condurre investigazioni adeguate in seguito ad un decesso o in caso di torturale, etc difficilmente potrebbero interessare la responsabilità dell'Unione europea.

atteggiamento *vis-à-vis* dell'ordinamento comunitario soffocandone la specificità mediante inopportune interferenze<sup>697</sup>.

### III.4.3 Le conseguenze dell'adesione sul sistema CEDU

Le conseguenze dell'adesione dell'U.E. alla CEDU, implicherebbero, da un punto di vista tecnico-giuridico, non solo alcuni emendamenti del testo della Convenzione<sup>698</sup> e dei suoi Protocolli, bensì anche modeste riforme di natura amministrativa.

Si è già avuto modo di sottolineare che, nonostante l'adesione alla CEDU non avrebbe reso l'Unione europea un membro del Consiglio d'Europa, sarebbe auspicabile una certa partecipazione dell'Unione agli organi della CEDU al fine di garantire una buona integrazione dell'Unione stessa nel sistema della CEDU. In quella circostanza si era anche dato atto che la Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali aveva sottolineato la necessità che l'Unione europea potesse disporre del diritto «di partecipare attraverso la Commissione europea, con facoltà di voto, a nome dell'UE, alle riunioni del Comitato dei ministri quando quest'ultimo svolge le sue funzioni di organo di controllo dell'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo o quando delibera sull'opportunità di chiedere un parere alla Corte, nonché il diritto di essere rappresentata in seno al Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (sotto-organo del Comitato dei ministri)».

Per poter porre in essere quanto appena delineato, si renderebbe necessaria, pertanto, la modifica dell'art. 14 dello Statuto del Consiglio d'Europa<sup>699</sup> che conferisce il diritto di voto in seno al Comitato esclusivamente agli Stati membri del Consiglio medesimo.

---

<sup>697</sup> Corre, infatti, l'obbligo di precisare che la Corte ha già dimostrato una certa sensibilità nei confronti della specificità dell'ordinamento giuridico comunitario; ad esempio, nel caso belga *Moustaquim c Belgique*, 18 febbraio 1991, la Corte si è rifiutata di considerare alla stregua di una discriminazione la diversità di trattamento accordata dalle Parti contraenti agli stranieri comunitari e non comunitari in materia di espulsione: «le traitement préférentiel consenti aux ressortissant des autres Etats membres des Communautés, [...] a une justification objective et raisonnable, la Belgique faisant parties avec lesdits Etats d'un ordre juridique spécifique» (punto 49).

<sup>698</sup> Come, a titolo esemplificativo, è già avvenuto per l'art. 59 della CEDU modificato ad opera del Protocollo n. 14.

<sup>699</sup> Il quale testualmente recita: «Ogni Membro ha un rappresentante nel Comitato dei Ministri con un voto. I rappresentanti nel Comitato sono i Ministri degli Affari Esteri. In luogo del Ministro degli Affari Esteri che non possa

Come è stato osservato<sup>700</sup>, l'eccessiva farraginosità della procedura di emendamento dello Statuto potrebbe costituire un'*impasse* insormontabile, ragion per cui l'unica strada alternativa percorribile consisterebbe in una modifica dell'art. 46 della CEDU al fine di attribuire uno speciale diritto di voto all'Unione europea limitato ai casi in cui il Comitato dei Ministri è chiamato a decidere in materia di esecuzione delle sentenze della Corte. Tale modifica prevarrebbe sulle regole dello Statuto alla stregua di *lex specialis* e *posterior*, ai termini dell'art. 30, terzo comma della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Da un punto di vista formale l'adesione dell'Unione europea alla CEDU solleva alcune problematiche che, tuttavia, *prima facie*, non sembrerebbero esigere una riforma del testo convenzionale.

Anzitutto, le espressioni "Stato"<sup>701</sup> e "nazione"<sup>702</sup> o ancora "sicurezza nazionale"<sup>703</sup> e "benessere economico del Paese"<sup>704</sup> contenute in alcuni articoli della Convenzione richiederebbero di essere adattati al caso della presenza dell'Unione europea quale nuova Parte contraente. Dal momento che un intervento di revisione *ad hoc* per ogni disposizione della Convenzione richiederebbe uno sforzo sproporzionato rispetto alla portata delle imprecisioni terminologiche, tale "criticità" del testo convenzionale potrebbe essere superata con l'adozione di una clausola generale di interpretazione con lo scopo di precisare che i termini in questione si applicano *mutatis mutandis* anche all'Unione europea<sup>705</sup>.

Altra problematica concerne la circostanza che il sistema della CEDU è stato completato da una serie di protocolli addizionali relativi alla protezione di diritti di particolare rilievo (tra gli altri, il diritto di proprietà e l'interdizione generale di ogni discriminazione) che non sono oggetto della CEDU; pertanto, è auspicabile che la Commissione abbia il potere per negoziare anche un'adesione a tutti i protocolli

---

*partecipare alle sedute, o qualora fosse opportuno per altre circostanze, può essere designato un supplente. Questi sarà possibilmente un membro del Governo del suo paese.*

<sup>700</sup> Cfr. lo studio effettuato dal Comitato direttore dei diritti dell'uomo sulle questioni giuridiche e tecniche di un'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU: *Questions juridiques et techniques d'une adhésion éventuelle des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme*, CDDH 53e réunion, 25-28 juin 2002, Strasbourg, reperibile sul sito [www.coe.int/t/f/droits\\_de\\_l%27homme/cddb/3.\\_comit%27E9s/01.%20comit%27E9%20direct](http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/cddb/3._comit%27E9s/01.%20comit%27E9%20direct).

<sup>701</sup> Cfr. artt. 17, 56, 57 CEDU.

<sup>702</sup> Cfr. art. 15 CEDU.

<sup>703</sup> Cfr. artt. 6, 8, 10, 11 CEDU.

<sup>704</sup> Cfr. art. 8 CEDU.

<sup>705</sup> Così P.H. IMBERT, *De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH*, in *Droits fondamentaux*, n. 2, janvier-décembre 2002, in [www.droits-fondamentaux.org](http://www.droits-fondamentaux.org).

aggiuntivi concernenti diritti che corrispondono alla Carta dei diritti fondamentali e ciò indipendentemente dalla loro ratifica da parte degli Stati membri dell'Unione.

Da un punto di vista sostanziale, parte della dottrina<sup>706</sup> ritiene che l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione potrebbe produrre un effetto negativo sul funzionamento del meccanismo CEDU di tutela dei diritti fondamentali a causa del possibile incremento del numero dei ricorsi individuali presentanti dinanzi al Giudice di Strasburgo<sup>707</sup>. Un simile rischio dovrebbe, tuttavia, essere scongiurato (o quantomeno contenuto) dalla riforma del sistema giurisdizionale della CEDU operata dal Protocollo n. 14 alla Convenzione firmato a Strasburgo nel maggio 2004 in occasione della 114ª sessione del Consiglio d'Europa, ed entrato in vigore il 1º giugno 2010. I principali emendamenti alla CEDU contenuti nel Protocollo n. 14 possono raggrupparsi secondo tre profili fondamentali: il rafforzamento della capacità di filtro dei ricorsi individuali privi di fondamento; un procedimento più snello per trattare i ricorsi ripetitivi; la previsione di una nuova condizione di ricevibilità fondata sulla scarsa importanza del pregiudizio subito dal ricorrente.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il Protocollo prevede la possibilità di una decisione presa da un giudice unico. In base ad una nuova disposizione, l'art. 27, un tal giudice può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo un ricorso individuale, quando una decisione siffatta può essere adottata senza ulteriori accertamenti. La decisione in parola è definitiva. Se, al contrario, il giudice unico non prende una decisione di irricevibilità o di cancellazione dal ruolo, egli trasmette il ricorso a un Comitato di tre giuridici o a una Camera per un esame complementare. Il nuovo procedimento è idoneo a trasferire un cospicuo numero di affari dalla competenza delle Camere, composte da sette giudici, a quella dei comitati di tre giudici così liberando la Corte per l'esame degli affari più impegnativi, in quanto non ripetitivi.

Ulteriori disposizioni del Protocollo sono finalizzate a razionalizzare l'attività della Corte, rendendo più snello il procedimento: occorre ricordare fra queste le norme volte a favorire una decisione congiunta sulla ricevibilità e sul merito dei ricorsi individuali. Il nuovo testo dell'art. 29 impone, infatti, per i ricorsi individuali la regola della decisione congiunta la quale, evidentemente, consente di economizzare il tempo,

---

<sup>706</sup> VILLANI U., *Il protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, fasc. 3/2004 pp. 487-501.

<sup>707</sup> Il 30 novembre 2011 i casi pendenti dinanzi alla Corte erano ben 152.800 di cui il 26,7% rivolti contro la Russia, il 10% contro la Turchia e l'8,8% contro l'Italia; dati reperibile sul sito <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+data/>.

fatta salva comunque la possibilità per la Corte di optare per la decisione separata *case by case*. Coerentemente con la nuova regola della decisione congiunta dei ricorsi individuali, il Protocollo n. 14 stabilisce che la Corte può mettersi a disposizione degli interessati ai fini di un regolamento amichevole della controversia in ogni momento della procedura e non solo successivamente alla dichiarazione di ricevibilità della stessa, come prevede l'attuale art. 38 della CEDU. Un'ultima misura del Protocollo n. 14 volta a razionalizzare l'attività della Corte, è prevista dal nuovo art. 26 par. 2 sulla base del quale, il Comitato dei Ministri, previa richiesta dell'Assemblea plenaria della Corte e decidendo all'unanimità può ridurre a cinque il numero dei giudici delle Camere (composte, di norma, da sette giudici).

Quanto al terzo aspetto, il Protocollo contiene una modifica volta a diminuire il numero dei ricorsi individuali esaminabili nel merito da parte della Corte e, di conseguenza, il suo carico di lavoro: il nuovo art. 35, par. 3 prevede che la Corte possa dichiarare irricevibile un ricorso individuale se a suo parere il ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito e a condizione di non respingere per tale motivo alcun affare che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno<sup>708</sup>. Sempre nell'ottica di decongestionare l'afflusso dei ricorsi individuali alla Corte, il Protocollo n. 14 ha introdotto alcuni emendamenti finalizzati ad accelerare l'esecuzione delle sentenze della Corte: ai sensi dell'art. 46 par. 4, al Comitato dei Ministri viene attribuito il potere di promuovere un giudizio dinanzi alla Corte contro uno Stato che non esegua una sentenza resa nei suoi confronti dalla stessa Corte.

A questo punto è necessaria una valutazione di prospettiva sullo scenario post-adesione che si schiuderà nello spazio costituzionale europeo.

#### **III.4.4 L'evoluzione nella relazione tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo: dalla ossequiosa *Comity* alla leale cooperazione**

---

<sup>708</sup> Per i rilievi critici effettuati in dottrina si rinvia a SCIARABBA V., *I sistemi sopranazionali "paracostituzionali" dell'Ue e della CEDU*, op. cit., pp. 23 ss..

Come osservato *supra*<sup>709</sup>, l'adesione non metterà per nulla in discussione il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione, in quanto la Corte di giustizia dell'Unione europea continuerà a essere l'unico giudice supremo per le questioni attinenti al diritto dell'Unione e alla validità dei suoi atti. La Corte dei diritti dell'uomo infatti eserciterà un controllo esterno sul rispetto, da parte dell'Unione, degli obblighi di diritto internazionale che le derivano dalla sua adesione alla CEDU.

L'apparato istituzionale-normativo europeo, quindi, sarà assoggettato non solo alla Corte della Grande Europa, ma costituirà parte attiva anche del sistema convenzionale di protezione dei diritti, poiché un giudice sarà membro della Corte di Strasburgo *au titre* dell'Unione e un rappresentante europeo sarà integrato nel Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

Ora, che l'"anello mancante"<sup>710</sup> sembra essere stato finalmente forgiato, emerge evidentemente la questione sulla configurazione dei rapporti fra le due Corti europee. Gran parte della dottrina<sup>711</sup>, italiana e straniera, concorda nell'interpretare la futura relazione fra la Corte di Lussemburgo ed il suo omologo di Strasburgo in chiave di pari-ordinazione piuttosto che in un'ottica di gerarchizzazione<sup>712</sup>. Dopo l'adesione la Corte di Lussemburgo continuerà ad essere l'unico arbitro supremo delle questioni relative al diritto dell'Unione e della validità degli atti dell'Unione stessa e la Corte di Strasburgo sarà l'autorità suprema relativamente all'interpretazione della Convenzione; nel contesto della Convenzione la Corte di Lussemburgo dovrebbe essere considerata alla stregua di una giurisdizione interna e la Corte di Strasburgo come un tribunale specializzato che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione alla CEDU. Ogni qualvolta, dunque, i cittadini europei contesteranno norme dell'Unione europea, gli organi della giurisdizione dell'Unione dovranno pronunciarsi per primi; è solamente in seguito ad un verdetto finale della Corte di Giustizia che il singolo cittadino potrà

---

<sup>709</sup> Cfr. par. III.4.2 di questo capitolo

<sup>710</sup> L'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo è così definita da GENNUSA M.E., *La Cedu e l'Unione Europea*, op. cit., p. 102.

<sup>711</sup> Si vedano: MORBIDELLI G., *Corti costituzionali e corti europee: la tutela dei diritti* (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo), in *Diritto processuale amministrativo*, 2006, p. 341; POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1\2008, pagg. 101-124; PANUNZIO S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, op. cit., p. 25.

<sup>712</sup> Tale orientamento è confermato anche dal Parlamento europeo che nella *Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., evidenzia quanto segue: «la relazione tra le due corti europee non è gerarchica, ma è piuttosto una relazione di specializzazione».

interpellare la Corte di Strasburgo per un eventuale intervento. Ma ogni volta che i singoli contesteranno una norma nazionale di esecuzione del diritto europeo dovranno in primo luogo rivolgersi alle giurisdizioni nazionali le quali ovviamente potranno interpellare la Corte di giustizia in via pregiudiziale, la questione sarà rimandata alle singole giurisdizioni nazionali le quali dovranno pervenire a una decisione definitiva. Solo allora si potrà adire la Corte di Strasburgo. Lo status della Corte di giustizia sarebbe, pertanto, analogo a quello attuale delle Corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali rispetto alla Corte europea.

Tanto premesso, sarà utile tentare di cogliere le novità circa il “dialogo” tra le due Corti.

Anzitutto, risulta necessario verificare le conseguenze dell’adesione sulla presunzione di conformità del sistema UE con quello della CEDU, o dottrina della “protezione equivalente”, enunciata dalla Corte di Strasburgo in *Bosphorus c. Irlanda*.

A tal proposito, Olivier De Schutter<sup>713</sup> ha ipotizzato tre possibili scenari. Secondo una prima ipotesi la dottrina della protezione equivalente si espanderà ulteriormente, fino a investire tutti i casi in cui essa sia prevista a livello nazionale, in conformità al principio di sussidiarietà della protezione accordata dalla Corte CEDU rispetto alle garanzie giurisdizionali assicurate a livello nazionale. Un secondo scenario possibile consisterebbe nell’abbandono della teoria della “protezione equivalente”, nella misura in cui sarà l’Unione e non più gli Stati membri a rispondere in casi come *Matthews* o *Bosphorus*. Infine, la terza ipotesi, prevedrebbe la conservazione della dottrina in esame che, pertanto, continuerebbe ad ispirare la Corte di Strasburgo quando quest’ultima fosse chiamata ad esaminare la compatibilità degli atti adottati dall’UE con la CEDU.

È lo stesso De Schutter a ritenere quest’ultimo scenario giuridicamente infondato in quanto sostiene esser venute meno le esigenze di riconciliare fra loro gli obblighi potenzialmente confliggenti degli Stati membri dell’Unione aderenti alla CEDU. Ne consegue che la tesi che fa rientrare la dottrina della “protezione equivalente” fra le specificità dell’ordinamento dell’Unione dovrebbe essere contestata: tali specificità non dovrebbero servire a preservare una qualche forma di “extraconvenzionalità” dell’Unione, ma riguardare soltanto le modalità di presentazione dei ricorsi avanti la

---

<sup>713</sup> Relatore dell’Onu per il Diritto all’Alimentazione.



Corte di Strasburgo, in modo da rispettare le attribuzioni dell'Unione e degli Stati membri, e quindi formare oggetto di disciplina del solo diritto dell'Unione<sup>714</sup>.

A parere di scrive, tale interpretazione sembra per un verso riduttiva della portata dell'art. 6, par. 2, del Protocollo sull'accordo di adesione nella parte in cui mira a salvaguardare la specificità delle attribuzioni delle istituzioni dell'Unione, per l'altro troppo semplicistica nella soluzione dei problemi posti dall'adesione. Mi sembra riduttiva perché, una volta ritenuto che le specificità dell'Unione consistano solamente nelle modalità di presentazione dei ricorsi avanti la Corte di Strasburgo da definire attraverso congegni previsti dal diritto dell'Unione, finisce col privare di senso la previsione che le specifiche attribuzioni delle istituzioni dell'Unione siano definite nell'accordo di adesione. Appare al contempo semplicistica, in quanto sottovaluta questioni tutt'altro che risolubili negli scenari prefigurati come ammissibili dallo stesso De Schutter, ovvero sia l'ulteriore espansione della dottrina protezione equivalente ipotizzata nel primo scenario, o il suo abbandono in presenza di una diretta responsabilità dell'Unione per gli atti a essa direttamente imputabili, prevista nella seconda ipotesi. Basti pensare al nodo delle questioni pregiudiziali. Come è noto alcune corti costituzionali rifiutano tuttora (Tribunale costituzionale federale tedesco), o hanno a lungo rifiutato, e tuttora ammettono solo entro limiti molto ristretti (Corte costituzionale italiana), di essere qualificate come "giudici" al fine di sottoporre una questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione davanti alla Corte di giustizia. Esauriti i rimedi giurisdizionali interni, ben possono promuoversi dunque ricorsi alla Corte di Strasburgo avverso atti degli Stati membri esecutivi di atti dell'Unione senza che la Corte del Lussemburgo sia stata chiamata a pronunciarsi sulla relativa questione pregiudiziale. D'altra parte, la proposizione di una questione pregiudiziale non è nelle mani dei ricorrenti, e non rientra pertanto fra i rimedi giurisdizionali interni il cui esaurimento è condizione per promuovere ricorso alla Corte di Strasburgo in base al principio di sussidiarietà.

In vista di un'adesione dell'Unione alla CEDU, occorre pertanto verificare se l'obbligo per tutti i giudici nazionali di sollevare questioni pregiudiziali alla Corte del Lussemburgo sia materia puramente interna del diritto dell'Unione o se, proprio alla luce della dottrina della protezione equivalente, rientri più realisticamente tra le specificità da affrontarsi in sede di negoziato, eventualmente tramite accorgimenti

---

<sup>714</sup> Parliamentary Assembly, *The Accession of European Union*.

interpretativi che favoriscano una lettura del previo esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni da parte della Corte CEDU tale da includervi la proposizione delle questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione.



## CONCLUSIONI

Giunti al termine di questo percorso si tenterà di offrire un quadro di quanto è emerso dalla disamina del sistema cd. di *multilevel protection* dei diritti umani.

L'aspetto che pare meritevole di particolar attenzione interessa l'adesione dell'Unione europea alla CEDU<sup>715</sup> ed alle conseguenze che potrebbero derivarne in ambito nazionale e sovranazionale.

Alla luce delle analisi e delle osservazioni svolte, infatti, emerge che la prossima adesione rappresenta insieme una aporia ed un traguardo a seconda del punto di vista dal quale la si osservi: nazionale ovvero sovranazionale.

Relativamente al rapporto tra diritto interno e CEDU l'adesione prevista dal Trattato di Lisbona incide sull'annoso problema del rango e dell'efficacia della CEDU rispetto al sistema delle fonti del diritto interno. In altri termini, l'adesione della UE alla CEDU potrebbe comportare la possibilità dell'applicabilità diretta della Convenzione, con il conseguente riconoscimento in capo ai giudici comuni di un potere diffuso di disapplicazione della norma nazionale in contrasto con le disposizioni convenzionali<sup>716</sup>.

Corre l'obbligo di evidenziare come attualmente, in mancanza della definizione dell'accordo sull'adesione, non sia possibile fornire una soluzione certa alla questione, ma si possa solo tentare di elaborare delle soluzioni sulla base degli strumenti giuridici in possesso e prendere atto di come l'art. 6, co. 2, del TUE, (nonostante l'adesione sia un processo ancora *in fieri*) abbia già cominciato a produrre i primi effetti "destabilizzanti" sulla giurisprudenza italiana (cfr. C.d.S. n. 1220 del 2010 e T.A.R. Lazio n. 11984 del 2010<sup>717</sup>). Si è avuto modo di osservare, infatti, come siano emerse delle rinnovate tendenze da parte dei giudici comuni a procedere alla disapplicazione delle norme interne contrarie alla CEDU, prendendo le distanze da quelle che erano state le precise indicazioni enunciate dalla Corte costituzionale nelle celebri sentenze nn. 348 e 349 del 2007.

---

<sup>715</sup> Cfr. Art. 6, par. 2, TUE per il quale: «L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.»

<sup>716</sup> Cfr. Cap. III, Par. II.5 ss.

<sup>717</sup> Cfr. Cap. III, Par. II.5.1. ss.

In conformità a tale posizione della Consulta, a parere di chi scrive, il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della CEDU che rimane, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale.

Peraltro, tale adesione, non solo deve ancora avvenire, ma, soprattutto, non comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì una utilizzabilità delle disposizioni convenzionali quali "principi generali" del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Per le ragioni qui sinteticamente esposte, pur attendendo conferma in tal senso dalla futura posizione della giurisprudenza europea e nazionale successiva alla conclusione del definito accordo di adesione dell'UE al sistema CEDU, pare preferibile, nel definire il rapporto fra norma nazionale e Convenzione europea, continuare a percorrere la strada indicata dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 188 del 1980 sino alle cosiddette "gemelle" del 2007 ed alla sentenza n. 80 del 2011. Una strada che, nell'attuale contesto normativo nazionale, non può non passare per un giudizio accentrato di costituzionalità – condotto alla stregua dell'art. 117, comma 1, Cost<sup>718</sup> – relativamente alle norme interne contrastanti con la CEDU.

A tutt'altre conclusioni si è giunti invece analizzando le conseguenze, nei rapporti fra CEDU e UE, della prevista adesione di quest'ultima alla Convenzione europea. L'accessione dell'Unione europea al sistema del Consiglio d'Europa costituisce infatti lo strumento ideale per conseguire un importante e complesso obiettivo: elevare lo standard di tutela dei diritti dell'uomo nello "spazio costituzionale europeo", a condizione che siano sciolti una serie di nodi giuridico-formali e sostanziali che essa pone.

L'analisi condotta nel corso del presente studio ha, anzitutto, tentato di dimostrare che il "dialogo obbligato" intrapreso, sul finire degli anni Novanta del secolo scorso, dalle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo con lo scopo di ovviare alle *défaillance* della tutela giurisdizionale dei diritti dell'uomo nell'area europea, si è rivelata sterile di risultati.

Infatti, se da un canto la credibilità dei due Giudici sembra esser stata messa in salvo,

---

<sup>718</sup> Si veda il cap. III, par. II.5.4.

dall'altro il problema della effettività dei diritti non solo è rimasto irrisolto, ma si è ulteriormente aggravato.

Il “dialogo obbligato”, informato ad una ossequiosa *comity* ha prodotto una «convergenza (solo) parallela» fra i rispettivi orientamenti giurisprudenziali ed una integrazione *viziata e perversa* fra il sistema di Strasburgo e il sistema di Lussemburgo, foriera di ulteriori falle nella tutela dei diritti fondamentali. La mancanza di un legame normativo e istituzionale fra l'ordinamento dell'Unione e l'ordinamento della CEDU, ha configurato una sorta di immunità dalla giurisdizione in capo alle Istituzioni europee benché i loro atti siano passibili di giudizio dinanzi al Giudice di Strasburgo per violazione dei diritti dell'uomo, in quanto iscritti nel DNA normativo degli Stati membri dell'Unione e al contempo Parti della Convenzione.

Allo stato, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo può invocare la responsabilità internazionale di ogni membro dell'Unione che sia al contempo parte della Convenzione, per violazione di quest'ultima anche se la fonte di tale illecito è rinvenibile in una misura nazionale di attuazione della normativa europea ovvero in un atto europeo *tout court* (*casi Matthews e Bosphorus*). Il giudice di Strasburgo si trova, dunque, impossibilitato a chiamare in giudizio il soggetto direttamente responsabile di un eventuale violazione della CEDU, vale a dire l'Unione.

Tale macro-incongruenza arreca pregiudizio alla effettività e alla coerenza della tutela giudiziaria dei diritti dell'uomo in Europa per un duplice ordine di ragioni: da una parte gli Stati devono fronteggiare un vero e proprio “conflitto di lealtà” (conformità alla CEDU *versus* conformità agli obblighi sorgenti dai trattati europei), che potrebbe indurli a non eseguire le sentenze della Corte europea contravvenendo all'obbligo di cui all'art. 46 della Convenzione. Dall'altra, la Corte europea, al fine di scongiurare un simile rischio, potrebbe optare per una riduzione del grado di controllo *vis-à-vis* della normativa europea con riferimento al rispetto dei diritti tutelati nella Convenzione. Conseguenza che l'arte della *judicial comity* delle due Corti, quantunque apprezzabile sotto il profilo formale, stante la recente convergenza dei rispettivi orientamenti giurisprudenziali, non possa essere osannata da un punto di vista sostanziale, poiché ha prodotto un compromesso al ribasso che rischia di far perdere alle Corti l'attuale sfida del costituzionalismo europeo contemporaneo: l'effettività dei diritti. Effettività significa anche omogeneità degli strumenti di tutela, di conseguenza se lo strumento non è uniforme, la tutela risulterà inevitabilmente incoerente.

Siffatte considerazioni spiegano, dunque, il *favor* dimostrato da chi scrive verso la creazione di un ponte normativo-istituzionale fra il sistema di Strasburgo e il sistema di Lussemburgo, una definitiva *actio finium regundorum*.

Ma, come osservato, l'adesione dell'Unione europea alla CEDU pone tutta una serie di problemi formali e sostanziali la cui soluzione costituisce una *conditio sine qua non* affinché «l'anello mancante» creato dal Trattato di Lisbona sortisca gli effetti auspicati. Quanto ai primi, occorre anzitutto rilevare che l'adesione dovrà seguire un *iter procedurale* molto lungo e complesso e sarà subordinata all'approvazione unanime degli Stati membri dell'Unione europea. In secondo luogo il Consiglio d'Europa, dal canto suo, dovrà attuare importanti modifiche istituzionali per consentire la rappresentanza dell'Unione sia in seno alla Corte che all'interno del Comitato dei Ministri. Le questioni tecnico-formali sollevate dall'adesione, benché risolvibili, richiederanno sicuramente tempi lunghi ed un accentuato spirito di collaborazione e solidarietà tra gli Stati.

Sul piano sostanziale, inoltre, il concreto atteggiarsi della Corte di Strasburgo e di Lussemburgo all'interno della nuova cornice giuridica disegnata dal Trattato di Lisbona costituirà la “cartina di tornasole” della bontà della scelta effettuata a favore dell'adesione. I due giudici dovranno, infatti, garantire una tutela armoniosa e uniforme dei diritti fondamentali seguendo due spartiti in parte diversi: la Carta di Nizza e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Solo attraverso un'assidua collaborazione fra le due Corti europee si potranno eludere o eventualmente risolvere le potenziali antinomie e i conflitti di interpretazione che la presenza di due diversi *Bill of Rights* potrà causare.

Il Giudice di Lussemburgo ed il suo omologo di Strasburgo dovranno favorire il passaggio da una cooperazione “*forzata*” tra essi ad una cooperazione “*raf-forzata*”, in sintonia con la nuova stagione del costituzionalismo europeo caratterizzata da una rete multicentrica delle relazioni fra Corti, alimentata dal principio di leale collaborazione. In un simile contesto relazionale il paventato rischio di gerarchizzazione dei rapporti fra i Giudici di Strasburgo e di Lussemburgo, a vantaggio del primo sembra poco verosimile.

Non è, invece, da escludere una sana concorrenza fra le Corti per la conquista del “primato costituzionale” nell'Europa dei diritti; una nuova relazione fra Corti, dunque, che sembra rafforzare l'effettività della tutela giudiziaria dei diritti

fondamentali nell'area costituzionale europea.

In conclusione, vogliamo chiudere il presente contributo con una riflessione sull'idea Kantiana per la quale dalla trasformazione del diritto internazionale in diritto cosmopolita, inteso come diritto degli individui che non solo portano con sé i diritti dei cittadini delle loro rispettive comunità nazionali, ma anche i diritti dei cittadini di un «*commonwealth cosmopolita*», – diritti dei cittadini del mondo (*Welt bürger*) – risultava la pace perpetua<sup>719</sup>

Alla luce dell'analisi condotta e dei risultati raggiunti, ci si chiede, infatti, se la nobile idea kantiana di costruzione di un ordinamento giuridico cosmopolita garante della pace perpetua fra le nazioni non stia lentamente e progressivamente materializzandosi nello “spazio giuridico europeo”; tuttavia questo, più che un interrogativo, vorrebbe essere un auspicio per il futuro della tutela multilivello dei diritti in Europa.

---

<sup>719</sup> I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, 1795.





## BIBLIOGRAFIA

ADINOLFI A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997;

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967;

AMATO G., *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974;

ANTONINI L., *Commento all'art. 2 (Oggetto e finalità), comma 2*, in A. FERRARA e G. M. SALERNO (a cura di), *Il "federalismo fiscale". Commento alla legge n. 42 del 2009*, Jovene, 2010;

ANTONINI L., *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, Giuffrè, vol. 1, 1996;

ANTONINI L., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: da welfare state a welfare society*, in *Riv. dir. fin. scienza fin.*, 2000;

ANTONINI L., *Il sistema dell'istruzione: prospettive di riforma*, in AA.VV., *Verso l'economia dell'istruzione*, Milano, 2006;

ANTONINI L., *La sussidiarietà e la cifra democratica del patto costituzionale*, in AA. VV., *Che cosa è la sussidiarietà. Un altro nome della libertà*, G. VITTADINI (a cura di), Guerini e Associati, Milano, 2007;

ANTONINI L., *La sussidiarietà fiscale. I nuovi diritti sociali nella crisi del Welfare State*, vol. 1, Catanzaro, 2000;

APOSTOLI A., *La "Carta dei diritti" dell'Unione europea*, Brescia, 2000;

AZZENA L., *L'integrazione attraverso i diritti: dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Giappichelli, Torino, 1998;

- BALDASSARRE A., *Diritto della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997;
- BALDASSARRE A., *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano 1996;
- BALDASSARRE A., (voce) *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, 1989;
- BARBERA A., (Commento all') *Art. 2 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla costituzione. Principi fondamentali*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna – Roma, 1975;
- BARBERA A., *Esiste una Costituzione europea?*, in *Quaderni costituzionali n. 1*, 2000;
- BARBERA A., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004;
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984;
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1973;
- BARILE P., *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in P. BARILE, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967;
- BARTOLE S., *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, in *Giur. Cost.*, 1988, e in *Le Regioni*, 1990;
- BASSANINI F., TIBERI G. (a cura di), *Le nuove costituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino, 2008;
- BENVENUTI M., *Il principio del ripudio della guerra nell'ordinamento costituzionale italiano*, II ed., Napoli, 2010;
- BERLIN I., *Due concetti di libertà*, in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989;
- BIFULCO D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003;

- BILANCIA F., *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il «margine di apprezzamento» statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009;
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992;
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990;
- BOBBIO N., *Principi generali del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, Torino, 1966, vol. XIII;
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, ed. it. NICOLETTI;
- BONOMI A., *Il «limite» degli obblighi internazionali nel sistema delle fonti*, Torino, 2008;
- BULTRINI A., *I rapporti tra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in *Il diritto dell'Unione Europea*;
- BULTRINI A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Giappichelli, Torino, 2004;
- CALAMANDREI P., *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, P. CALAMANDREI, A. LEVI (a cura di), Firenze, 1950;
- CALVANO R., *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n. 348/2007: orgoglio e pregiudizio?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008;
- CALVANO R., *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004;
- CANCILLA F.A., *Norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e art. 117, comma 1, della Costituzione. Brevi note a margine delle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007*, in *Nuove autonomie*, 2007;

- CANNIZZARO E., *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. Dir. int.*, 2001;
- CANNIZZARO E., *Sulla responsabilità internazionale degli Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di diritto internazionale*, 3/2005;
- CANZIO G., KOSTORIS R.E., RUGGERI A., *Gli effetti dei giudicati "europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, n. 2/2011;
- CAPOTORTI F., *Sull'eventuale adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1980;
- CAPPUCCIO L., *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione*, in *Il Foro italiano*, 2008;
- CARBONE S.M., *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006;
- CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino 2002;
- CARLASSARE L., *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, anno 1995;
- CARLASSARE L., *Una possibile lettura in positivo della sent. n. 15?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982;
- CARLOTTO I., *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (parte I)*, in *Politica del diritto*, 2010;
- CAROZZA P., *La sussidiarietà come principio strutturale dei diritti umani nel diritto internazionale*, in P.G. GRASSO (a cura di), *Europa e Costituzione*, Napoli, ESI, 2005;
- CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione; universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007;

- CARTABIA M., *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, Torino, Giappichelli, 2007;
- CARTABIA M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in A. BALSAMO, R. KOSTORIS (a cura di), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008;
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995;
- CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.* 2007;
- CARUSO B., *Introduzione. I diritti sociali fondamentali dopo il trattato di Lisbona (tanto tuonò che piove)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n.1;
- CASSESE A., *Commento agli artt. 10 e 11 Cost.*, in A. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1978;
- CASSESE S., *La Costituzione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 1991;
- CASSESE S., *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010;
- CAVALIERI P., *Articolo 1*, in P. CAVALIERI, E. LAMARQUE (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione : commento alla legge La Loggia (Legge 5 giugno 2003, n. 131)*, Torino, Giappichelli, 2004;
- CELOTTO A., *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli, 2009;
- CELOTTO A., GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2004;
- CIAMPI A., *Processo non equo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo e rinnovazione del giudizio secondo la Corte costituzionale*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 2008;

- CIERVO A., *L'interpretazione adeguatrice come criterio di risoluzione dei contrasti ermeneutici tra ordinamento interno e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.federalismo.it*, n. 5/2011;
- CONFORTI B., *La «specialità» dei trattati internazionali eseguiti nell'ordine interno*, in *Studi in onore di Giorgio Balladore Pallieri*, II, Milano, 1978;
- CONFORTI B., *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.* 2002;
- CONTE G.A., *Gli effetti delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2002;
- CONTI R., *La Corte costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corriere giuridico*, 2008;
- CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952;
- CRISAFULLI V., voce *Disposizione (e norma)*, in *Encicl. dir.*, XIII, Giuffrè, Milano 1964;
- CRISAFULLI V., *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Riv. dir. lav.*, 1954;
- CRISAFULLI V., *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in *Stato, popolo, governo*, Milano, 1988;
- D'ALOIA A., *Eguaglianza sostanziale*, Cedam, Padova, 2002;
- DANIELE L., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'unione europea*, 2008;
- D'ATENA A., *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. Giur.* 1988;
- D'ATENA A., *I principi e i valori costituzionali*, in D'ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001;

D'ATENA A., *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in *Rass. Parl.*, 2002;

DE CARIA R., *Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di «conformarsi alle sentenze definitive della Corte» EDU nella prospettiva italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009;

DEMURO G., *I rapporti fra la Corte di giustizia delle comunità europee e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Problemi e prospettive*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003;

DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, C. AMIRANTE (a cura di), Torino 1997;

DE RUGGIERO G., *Storia del liberalismo europeo*, R. ROMEO (a cura di), Laterza, 2003;

DE SALVIA M., *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2007;

DE SIERVO U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali)*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2001;

DE WITTE B., *The past and the future role of the European court of Justice in the Protection of Human Rights*, in *The EU and Human rights*, Oxford, 1999;

DICEY A.V., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, A. TORRE (a cura di), Bologna, 2005;

DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale*, in *Foro amministrativo* 2008;

DOGLIANI M., *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la "sdrammatizzazione" del diritto costituzionale*, *Giur. Cost.*, 1988;

DONATI F.-MILAZZO P., *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003;



- DRZAMCZAWSKY A., *Art. 46*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), Padova, Cedam, 2001;
- ESPOSITO C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano 1958;
- FALLETTI E., *Carta di Nizza (Carta europea dei diritti fondamentali)*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, Torino, Utet, 2009;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari-Roma, 1989;
- FERRARESE M.R., *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2000;
- FERRARI G.F., *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in ID., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2001;
- FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995;
- FOCARELLI C., *L'applicabilità del diritto all'equo processo al pubblico impiego: il caso Pellegrin*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000;
- GAETA P., *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale*, in *Incontro di studio sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e sopranazionali"*, Roma, 22-24 giugno 2009;
- GAETA P., *I diritti fondamentali nelle dinamiche delle tre Corti: spunti di riflessione*, relazione all'Incontro di studio su *Giudice penale, giudice costituzionale e Corti sopranazionali*, Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 11-13 febbraio 2008;
- GAJA G., *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. Intern.*, 1988;
- GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra "Trattati" (di Lisbona) e Costituzione*, in *www.federalismi.it*, n. 1/2010;

GAMBINO S., *La Carta e le Corti costituzionali. "Controlimiti" e "protezione equivalente"*, in G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007;

GAMBINO S.- MOSCHELLA G., *L'ordinamento giudiziario fra diritto comparato, diritto comunitario e CEDU*, in *Politica del diritto*, n. 4, dicembre 2005;

GIANNINI M.S. *Stato sociale: nozione inutile*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Milano, Giuffrè, 1977;

GIOVANNETTI T., *I rapporti fra Trattato costituzionale e Costituzioni nazionali davanti al giudice costituzionale*, in AA.VV., *Le "nuove" fonti comunitarie*, P. BIANCHI, P. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), Padova, 2005;

GROSSI P., *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972;

GUARINO G., *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1967;

GUAZZAROTTI A., *I giudici comuni e la CEDU alla luce dell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni Costituzionali*, 2003;

GUAZZAROTTI A., *La Cedu e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.* 2006;

GUAZZAROTTI A., *La Consulta "guarda in faccia" gli obblighi internazionali e la CEDU*, in *Studium iuris*, 2008;

GUAZZAROTTI A.-COSSIRI A., *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rass. Adv. Stato*, n. 3 del 2006;

HÄBERLE P., *Germania*, in *Le costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, E. PALICI DI SUNI PRAT, F. CASSELLA, M. COMBA (a cura di), Padova, 2001;

HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Carocci, 2005;

HABERMAS J., *Fatti e norme*, L. CEPPA, P.P. PORTINARO (a cura di), Milano, 1996;

- JELLINEK G., *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), (a cura di) NOCILLA D., Milano, 2002;
- JELLINEK G., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libreria, Milano, 1912;
- IVALDI P., *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*, in *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. XXII, Milano, 2002;
- LAMARQUE E., *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali*, atti del Seminario dal titolo "Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici", Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009;
- LA PERGOLA A., *L'Unione attraverso la cittadinanza europea*, in *La cittadinanza europea*, 1/2002;
- LASKI H., *Le origini del liberalismo europeo* (1947), Firenze, 1971;
- LIBERATI F., *Corte costituzionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo: sostenibilità del modello di controllo accentrato di Costituzionalità alla luce della recente giurisprudenza e delle novità in ambito comunitario*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2011;
- LOCKE J., *Due trattati sul governo*, Torino, Utet, 2010 (ed. orig. 1690);
- LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000;
- LUCIANI M., *Le nuove competenze legislative delle regioni a statuto ordinario*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*;
- LUHMANN N., *I diritti fondamentali come istituzione*, Dedalo, Bari, 2002;
- LUPO E., *La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale*, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf>;
- MALFATTI E., *Quando perseverare non è diabolico. Dalla vicenda Dorigo un fondamentale stimolo alla possibile "revisione" del giudicato interno*, in *www.rivistaaic.it*, 4/2011;
- MANCINI G.F., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004;

- MANCINI F., *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1989;
- MANGANARO F., *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 433;
- MANGIAMELI S., *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in PACE A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2007;
- MANGIAMELI S., *Integrazione europea e diritto costituzionale*, Milano, 2001;
- MANGIAMELI S., *L'esperienza costituzionale europea*, Aracne, 2008;
- MANTOVANI G., *La sentenza n. 129 del 2008 e la «riparazione» delle violazioni dell'art. 6 CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008;
- MANZELLA A., *Dopo Nizza: la Carta dei diritti proclamata*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: una cronaca*, in *Riv. di dir. Cost.*, 2000;
- MARATEA L., *Il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano. Spunti di riflessione critica*, in *Riv. Coop. Giur. internaz.*, 2006;
- MARTINELLI C., *Il caso Haider*, in *Quaderni costituzionali*, 2000;
- MATTEUCCI N., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Utet, Torino, 1976;
- MAZZIOTTI DI CELSO V. M., voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964;
- MAZZIOTTI DI CELSO V. M., *La nuova Costituzione italiana. Principi fondamentali e diritti e doveri dei cittadini*, in *Arch. Giur.*, 1948;
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *Principi supremi dell'ordinamento costituzionale e forma di Stato*, in *Dir. Soc.*, 1996;
- MAZZIOTTI M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XII, 1964;

- MENGONI L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996;
- MIRATE S., *CEDU, parametro di costituzionalità per l'indennità d'esproprio e risarcimento danni da occupazione acquisitiva*, in *Urbanistica e appalti*, 2008;
- MIRATE S., *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008;
- MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995;
- MODUGNO F., *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in F. MODUGNO, A.S. AGRÒ, A. CERRI (a cura di), *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, IV ed., Torino 2002;
- MORBIDELLI G., *Corti costituzionali e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2006;
- MORI P., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Rivista di Diritto internazionale*, 1983;
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969;
- MORTATI C., *La persona, lo stato, le comunità intermedie*, Roma, 1959;
- NASCIMBENE B., *Brevi riflessioni in tema di diritti fondamentali, cittadinanza e sussidiarietà nel Trattato sull'Unione europea*, in *Dir. Com. scambi intern.*, 1994;
- NINATTI S., *Azioni positive e discriminazioni per sesso nel diritto comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 2000;
- OESTREICH G., *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001;
- ONIDA V., *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza comunitaria sui rapporti fra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002;

- V. ONIDA, *Eguaglianza e diritti sociali*, in AA.VV., *Corte costituzionale e principio di uguaglianza*, Cedam, Padova, 2002;
- V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1997;
- PACE A., *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967;
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova 2003;
- PAGANO E., *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1996;
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 1998;
- PANARA C., *Il diritto internazionale nell'ordinamento interno: quid iuris?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) 1/2007;
- PANUNZIO P., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005;
- PARISI N., *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009;
- PASSAGLIA P. (a cura di), *Corti costituzionali e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2010;
- PINELLI C., *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, a. XXXIX, n. 1, marzo 2008;
- PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.* 2001;
- PINELLI C., *Judicial protection of Human rights in Europe and the limits of a Judge-made system*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996;

- PIRRONE P., *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2004;
- POCAR F., *Tutela dei diritti fondamentali e livelli di protezione nell'ordinamento internazionale*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO, *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, 2004;
- POLLICINO O., *Il difficile riconoscimento delle implicazioni della supremazia del diritto europeo: una discutibile pronuncia del Consiglio di Stato*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it),
- POLLICINO O., *Tolleranza costituzionale, controlimiti e codificazione del primato del diritto comunitario*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).
- POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1\2008;
- POLLICINO O., SCIARABBA V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)
- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968;
- RAIMONDI G., *Gli effetti del diritto della CEDU e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *RIDU*, 1998;
- RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli 2008;
- RANDAZZO B., *Costituzione e Cedu il giudice delle leggi apre una "finestra" su Strasburgo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008;
- RANDAZZO B., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006;
- REPETTO G., *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011;

- REPETTO G., *I rapporti tra le corti europee e le prospettive dell'adesione dell'unione europea alla CEDU*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005;
- RIDOLA P., *Diritti di libertà e mercato nella «Costituzione europea»*, in *Q. Cost.*, 1, 2000;
- RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, 2006;
- RIDOLA P., *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I Diritti costituzionali*, R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), I, Torino 2001;
- ROSSI L.S., *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Diritto dell'unione europea*, 1996;
- RUGGERI A., *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2008;
- RUGGERI A., *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, relazione C.S.M, Roma 28 febbraio - 2 marzo 2007, in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/14032.pdf>;
- RUGGERI A., *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento intercostituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 9/2009;
- RUGGERI A., *Corte costituzionale e corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010;
- RUGGERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale, Temi, tecniche e cronache della costituzionalizzazione europea - Forum: La CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale -*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008;
- RUGGERI A., *“Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003;



- RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, STAIANO S. (a cura di), Torino, 2006;
- SACCUCCI A., *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2002;
- SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Giappicchelli, Torino 2000;
- SALERNO F., *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2008;
- SALERNO F., *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana*, in *Rivista*, 2009;
- SALERNO F., *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Rivista*, 2006;
- SALERNO F., *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010;
- SALERNO F., *Le modifiche strutturali apportate dal Prot. n. 14 alla procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2006;
- SALERNO F., *“Sovranità liquida” ovvero il diritto alla democrazia rappresentativa tra sovranità costituzionale ed obblighi internazionali*, in *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani*, DESANTI, FERRETTI, MANFREDINI (a cura di), Milano, 2009;
- SALERNO, *Vincolo costituzionale all'attuazione dell'obbligo di riparazione stabilito dalla Corte europea dei diritti umani*, in BIN, BRUNELLI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU, Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Atti del seminario – Ferrara 9 marzo 2007, Torino;
- SALMONI F., *La Corte costituzionale, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. pubbl.*, 2002;

- SANDRO P., *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009;
- SANTOLI P., *La disapplicazione di leggi ordinarie in contrasto con la CEDU*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002:
- SAPIENZA R., *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991;
- SCERBO A., *La Corte di giustizia si pronuncia sul primo rinvio pregiudiziale introdotto dalla Corte costituzionale italiana*, in *Palomar*, n. 40;
- SCIARABBA V., *Il problema dei rapporti tra (leggi di esecuzione di) vincoli internazionali e leggi precedenti nel quadro della recente giurisprudenza costituzionale (a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 2008)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 09/04/2008;
- SERGES G., *Art. 117, 1° co*, in *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, 2006;
- SILVESTRI G., *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985;
- SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale*, G. ZAGREBELSKY (a cura di), Giuffrè, Milano, 1988;
- SONALGLIOLINI A., *Giusto processo, pubblico impiego diritto europeo: fine delle incertezze?*, in *Il Corriere Giuridico (Ipsa)*, n. 3/2000;
- SORRENTI G., *Le carte costituzionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Politica del diritto*, 1997;
- SORRENTINO F., *L'art. 177 del Trattato di Roma nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni*, in *Studi in onore di M. Mazzanti di Celso*, Padova, 1995;
- SORRENTINO F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2002;

- SPADARO A., *Il problema del fondamento dei diritti "fondamentali"*, in *I diritti fondamentali oggi*, Atti del V Convegno dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti, Taormina, 1990, Milano 1995;
- STRAUSS L., *Diritto naturale e storia*, Genova, Il Melangolo, 1990;
- SUNDBERG F., *Art. 41*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI G. (a cura di), Padova, Cedam, 2001;
- TANCREDI A., *L'emersione dei diritti fondamentali 'assoluti' nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006;
- TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, Il Mulino, 2007;
- TEGA D., *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione; universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, Il Mulino, 2007;
- TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2008;
- TESAURO G., *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1992;
- TIBERI G., *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1997;
- TIZZANO A., *La Corte di Giustizia e l'Atto unico europeo*, in *Foro it.*, 1988;
- TIZZANO A., *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1998;
- TRAVI A., *In tema di compatibilità della legge italiana con la Cedu*, in *Il Foro italiano*, 2008;

VACCARO G., *Tecniche di difesa dei diritti umani e dialogo tra le Corti*, in *VI° Congresso giuridico-forense per l'aggiornamento professionale – sessione di diritto penale e procedura penale: “la tutela dei diritti umani davanti alle Corti europee”*, Roma, 18 marzo 2001;

VILLANI U., *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in studi in onore di Vincenzo Starace, Napoli, ed. Scientifica, 2008;

VIOLINI L., *Il diritto dei transessuali a contrarre matrimonio di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 2004;

VISINTINI G., *La responsabilità dello Stato da ingiusto processo*, in *Contratto e Impresa*, 2008;

VON BOGDANDY A., *The European Union as a Human Rights Organization? Human rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000;

ZAGREBELSKY G., *Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sopranazionali*, in *paper della relazione tenuta alla Luiss in occasione del Seminario “Corti europee e corti nazionali”*, il 12 gennaio 2001: reperibile sul sito: <http://www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelsky/index.html>;

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino 1992;

ZANGHI C., *Un'altra critica al parere n. 2/1994 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano 1998;

ZANICHELLI M., *Il significato dei diritti fondamentali*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, 2007;